Der

Irrtum über den Grund der Berufung zum Erben

nach gemeinem Rechte und dem Rechte des BGB.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät der Landes-Universität zu Rostock

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt von

Walther Rickelt
Gerichtsreferendar.

Rostock.
Carl Hinstorffs Buchdruckerei.
1904.

Seinen Eltern

der Verfasser.

Litteraturangaben.

A. Gemeines Recht.

Arndts, Pandekten 11. Aufl.

Baehr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 1. Aufl. 1855.

Baron, Pandekten 8. Aufl.

Bekker, Pandekten Bd. II 1889.

Brinz, Pandekten Abteilung 2, 1860.

Corpus iuris civilis ed. stereotypa septima von Krüger, Mommsen und Schöll.

Czyhlarz, Lehrbuch der Institutionen, 4. Aufl. 1899.

Dernburg, Pandekten Bd. III, 6. Aufl. 1901.

Glueck, Erläuterungen der Pandekten nach Hellfeld, Bd. 22 und 42.

Goering, die sog. Transmissionsfälle im röm. Recht und ihre Bedeutung für die Lehre vom Erbschaftserwerbe. Jahrb. f. Dogm. Bd. XV, Abh. 3.

Gothofredus, Jakobus comment. ad titutum de regulis juris opp. min. ed. Trotz.

Hentschel, Wesen und Merkmale des wesentlichen Irrtums. Diss. Greifswald 1900.

Hesse, eine Revision der Lehre vom Irrtum. Jahrb. f. Dogm. Bd. XV, Abh. 2 und 4.

Hesse, zur Lehre vom Irrtum. A. C. Pr. Bd. 57, Heft 2, Abhandl. 11.

Hoelder, kritische Vierteljahrsschrift Bd. 14, S. 561 ff. Die Lehre vom error.

Hoelder, Pandekten 1891.

Hunger, römisches Erbrecht.

von Hollander, zur Lehre vom error nach röm. Recht, Halle 1898.

von Jhering, in Jahrbücher für Dogm. Bd. II, Abh. 2.

von Keller, Pandekten, 2. Aufl. 1867.

Koeppen, zur Lehre vom Erwerbe der Erbschaft Jahrb. für Dogm., Bd. V, Abh. 4.

Koeppen, Entgegnung auf die Northoff'schen Erörterungen, Jahrb. f. Dogm. Bd. VI, Abh. 7.

Koeppen, System des heutigen röm. Erbrechts 1862

Koeppen, Lehrbuch des heutigen röm. Erbrechts. Abteil. 1 1886.

Lasalle, System der erworbenen Rechte II, 1861.

Leonhard, der Irrtum bei nichtigen Verträgen nach röm. Recht, Berlin 1882/83.

Lotmar, Festgaben für Plank, München 1887, Seite 57 ff.

Mayer, die Lehre von dem Erbrecht nach heut. röm. Rechte 1840.

Northoff, Erörterungen aus dem röm. Erbrecht, Jahrb. für Dogm. Bd. VI, Abh. 4.

Northoff, Erörterungen aus dem röm. Erbrecht, Zeitschrift für C. u. Pr. Bd. XXI, neue Folge.

Northoff, Erörterungen aus dem röm. Erbrecht Zeitschrift für C. u. Pr. Bd. XXII, neue Folge.

Pfersche, Irrtumslehre des österr. Privatrechts. Prag 1891.

Puchta, Pandekten 12. Aufl., Herausgegeb. von Schirmer.

Puchta, Vorlesungen aus dem röm. Erbrecht, 6. Aufl.

Quassowski, Irrtum beim Erbschaftsantritt. Königsb. Dissert. 1900.

Römer, die Beweislast hinsichlich des Irrtums. Stuttgart 1852,

von Savigny, System des römischen Rechts Bd. III, 1841.

Seuffert's Archiv Bd. V, S. 302, Bd. 27 N. 147 a. E.

Sintenis, praktisches und gemeines Zivilrecht, 3. Aufl. Bd. III.

Schröder, über die s. g. transmissio ex capite in integrum restitutionis, Jahrb. f. Dogm. Bd. 15, Abhandl. 10.

Tewes, System des Erbrechts, Bd. II, 1864.

Thibaut, Lehrbuch der Pandekten, 8. Ausgabe 1834, Bd. II.

Unger, System des österr. allgem. Privatrechts, Bd. VI, 1864.

von Vangerow, Pandekten Bd. II, 7. Aufl. 1876.

Vering, römisches Erbrecht 1861.

Voigt, die Lehre von der juristischen Relevanz von error und ignorantia, Bd. 53, A. C. Pr. Abh. 16, Bd. 54 ebenda Abh. 2 u. 10.

Wendt, Pandekten Jena 1888.

Windscheid (Kipp), Pandekten, 8. Aufl. 1901, Bd. 1 und 3.

Windscheid, Wille und Willenserklärung, A. C. Pr. Bd. 63, Abh. III.

Zitelmann, Irrtum und Rechtsgeschäft 1879.

B. Bürgerliches Gesetzbuch.

Boehm, das Erbrecht des BGB., 2. Aufl., Hannover 1900.

Borcherdt, das Erbrecht und die Nachlassbehandlung Bd. I, allgem. Teil 1900.

E. I, Entwurf der ersten Kommission für das BGB.

Endemann, Einführung in das Studium des BGB. Bd. III, 3—5 Aufl.

Enneccerus-Lehmann, das bürgerliche Recht, 2. Aufl. 1901.

Fischer-Henle, das BGB. nebst dem Einführungsgesetze, 4. Aufl. 1900.

Frommhold, das Erbrecht des BGB. 1900.

Herzfelder, in Bd. V des Kommentars von von Staudinger 1891.

Hölder, Kommentar zum allgem. Teil des BGB. 1900.

Kipp, in Windscheid-Kipp, Pandekten, 8. Aufl. Bd. I u. III.

Kuhlenbeck, von den Pandekten zum BGB. Teil III 1901.

Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 3. Aufl. Bd. II 1900.

Mommsen, Entwurf eines deutschen Reichsgesetzes über das Erbrecht nebst Motiven 1876.

Motive zum ersten Entwurf Bd. V 1888.

Neumann, Handausgabe des BGB., 2. Aufl. Bd. II.

Planck, BGB. nebst Einführungsgesetz Bd. I und Bd. V, 1 u. 2. Aufl.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB. Im Auftrage des Reichsjustizamts bearbeitet von Achilles-Gebhard-Spahn, Bd. V.

Rehbein, das BGB. mit Erläuterungen, Bd. I allgem. Teil.

Silverberg, Berufung, Berufungsgrund, Erhöhung und Anwachsung im Erbrecht des BGB. Bonner Dissert. 1902.

Strohal, das deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB., 2. Aufl.

Wilke, das BGB. nebst dem Einführungsgesetz mit Kommentar Bd. V.

Inhalt.

I. Abschnitt.

§ 1. Einleitung: Der Irrtum nach gemeinem Recht und nach BGB.

II. Abschnitt:

Der Irrtum über den Grund der Berufung zum Erben.

A. Das Wesen und die Beschaffenheit des Irrtums.

I. nach gemeinem Recht.

1. Das Wesen des Irrtums.

§ 2. a) Das Quellenmaterial.

§ 3. b) Die Theorie Koeppen.

§ 4. c) Die Quellentheorie.

§ 5. d) Die Stellung der übrigen Literatur zur Quellentheorie.

2. Die Beschaffenheit des Irrtums.

§ 6. a) Entschuldbarkeit, Unentschuldbarkeit.

§ 7. b) Tatsachenirrtum, Rechtsirrtum.

II. nach dem Rechte des BGB.

§ 8. 1. Das Wesen des Irrtums. Insbesondere seine Wirkungen.

§ 9. a) auf die Annahme der Erbschaft. § 1949 Abs. 1 des BGB.

§ 10. b) auf die Ausschlagung der Erbschaft.
§ 1949 Abs. 2 des BGB.
§ 11. 2. Die Beschaffenheit des Irrtums.
§ 12. B. Sonstige Rechtsfolgen des Irrtums. Gibt es ein transmissio propter errorem?
I. nach gemeinem Recht.
II. nach BGB.

I. Abschnitt. Einleitung.

§ 1.

Der heute herrschenden Lehre vom Irrtum liegt im wesentlichen die Savignys zu grunde, wie sie in seinem System des heutigen römischen Rechts Bd. III § 115 und § 137 sowie Beil. VIII enthalten ist.

Wenn auch diese Lehre seit Savigny bedeutsame Fortschritte gemacht hat, so darf doch nicht verkannt werden, das dieser es war, der sie in die richtigen Bahnen geleitet hat. Namentlich ist ihm die Erkenntnis zu verdanken, die auch heute noch die Grundlage für die Systematik der gesamten Irrtumslehre bildet, dass in dem Irrtum zwei verschiedene Elemente vereinigt sind, ignorantia und error.[1] Zwar ist diese Erkenntnis bei Savigny in dieser Beziehung nicht klar ausgesprochen, sie liegt aber unausgesprochen der Scheidung des Irrtums in „echten" und „unechten" zu Grunde, die Windscheid[2] als eines der schönsten

1) Diese Unterscheidung ist gleichwohl nicht ohne Anfechtung geblieben. So ist sie bekämpft von Bekker P. II § 84 Beil. I. § 92 und Leonhard. Hesse und Zitelmann halten dagegen an ihr fest.

2) Windscheid, Pand. I § 76 Note 1.

Verdienste Savignys feiert. Da in der folgenden Abhandlung auf die Savigny'sche Lehre bezug zu nehmen ist, so erscheint es angebracht, auf sie etwas näher einzugehen.

Unter „echtem" Irrtum verstand Savigny[3] den Irrtum, der

> die gewöhnlichen regelmässigen Folgen solcher juristischen Tatsachen, die auf dem freien Willen beruhen, aufhebt oder verändert, indem der Wille mit Rücksicht auf diesen Irrtum als ein unvollkommener Wille betrachtet wird.

Diesen Fällen des „echten" Irrtums als des Irrtums der einer positiven Einwirkung fähig ist, stellte Savigny die Fälle des „unechten" Irrtums, d. h. des Irrtums, der nur scheinbar eine unmittelbare rechtliche Wirkung hervorbringt, gegenüber mit den Worten:

> Ist aber der Fall, worin ein Irrtum vorkam, auch schon an sich selbst so gestaltet, dass es an den notwendigen Bedingungen einer juristischen Tatsache fehlt, so ist es nicht der Irrtum, der die Folgen derselben hindert, weshalb es unrichtig ist, in diesen Fällen von einer Einwirkung des Irrtums zu reden. Man kann diese Fälle als unechten Irrtum bezeichnen.

Nun ist es aber vielfach verkannt worden, dass dieser Unterscheidung eine weitgehende systematische Herrschaft gebührt und sie sich nicht etwa auf die Fälle beschränken sollte, in denen der Irrtum in Beziehung zu einer Willenserklärung vorkommt. Gewöhnlich charakterisiert man den „unechten" Irrtum

3) Savigny, S. 440, 441.

als Irrtum, der den Willen ausschliesst und den „echten“ Irrtum als Irrtum in den Beweggründen. Richtig ist nur zu sagen: Wo der Irrtum in psychologischer Beziehung zu einer Willenserklärung steht, charakterisiert sich der „unechte“ Irrtum als Irrtum, der Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung hervorbringt, während der „echte“ Irrtum als ein Irrtum im Motiv erscheint.

Eine Erklärung, die nicht dem wirklichen inneren Willen entspricht, ist nichtig. Hierbei kann ein Irrtum insofern von Bedeutung sein, als er eine solche unabsichtliche Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung hervorruft. Wo er dies tut, ist er ein „unechter“ Irrtum, denn der Grund der Nichtigkeit ist nicht der Irrtum, sondern Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung; der Irrtum übt hier also nur scheinbar eine rechtliche Wirkung aus. Wo ein solcher Irrtum vorliegt,[4] ist eine Erklärung jedoch nur dann nichtig, wenn der Irrtum ein „wesentlicher“ ist. Ein solcher kann sich beziehen „auf den Inhalt des Willens im Ganzen“ und auf „einzelne Teile des Willens“ und zwar

1. auf die Natur des Rechtsverhältnisses,
2. auf die in dem Rechtsverhältnis uns gegenüberstehende Person,
3. auf die Sache, die den Gegenstand des Rechtsverhältnisses bildet.

Als „echter“ Irrtum aber kann der Irrtum bei einer Willenserklärung nur ausnahmsweise wirken, denn der vom Recht geforderte Wille ist hier vorhanden. Zwar

4) Savigny, S. 267.

ist der Irrtum insofern von Einfluss auf den Willen, als er ihn veranlasst hat und der Wille sich ohne diese irrige Vorstellung vielleicht nicht gebildet hätte. Das kann aber für das Recht nicht in Betracht kommen, denn diese Beeinflussung vollzieht sich im Innern des Handelnden; der Wille,[5] der das Produkt dieser irrigen Vorstellung ist, ist eine „selbständige" Tatsache und kann rechtlich allein in Betracht gezogen werden. Daher kann ein solcher Irrtum im Motiv nur ausnahmsweise kraft positiver Satzung Einwirkung haben.

Das BGB. hat das gemeinrechtliche Einteilungsprinzip nicht aufgenommen. Es unterscheidet nicht zwischen „echten" und „unechten" Irrtum, sondern fasst die Fälle in denen der Irrtum, der in innerer Beziehung zur Willenserklärung steht, rechtliche Wirksamkeit hat, im § 119 zusammen. Dieser lautet:

> Wer bei der Abgabe einer Willenserklärung über deren Inhalt im Irrtum war oder eine Erklärung dieses Inhalts überhaupt nicht abgeben wollte, kann die Erklärung anfechten, wenn anzunehmen ist, dass er sie bei Kenntnis der Sachlage und verständiger Würdigung des Falles nicht abgegeben haben würde.
>
> Als Irrtum über den Inhalt der Erklärung gilt auch der Irrtum über solche Eigenschaften der der Person oder Sache, die im Verkehr als wesentlich angesehen werden.

Diese Art der Regelung muss als eine praktisch brauchbarere Neuerung begrüsst werden, denn es wird

5) Savigny, S. 113.

durch sie vermieden, die Wirksamkeit des Irrtums abhängen zu lassen von der oft sehr schwer zu entscheidenden psychologischen Frage, ob im Einzelfalle ein Irrtum der den Willen ausschliesst, vorliegt oder ein Irrtum in den Beweggründen. Theoretisch jedoch ist die Unterscheidung Savignys von bleibendem Werte.

II. Abschnitt.

A. I. 1. Das Wesen des Irrtums über den Berufungsgrund nach gemeinem Recht.

§. 2

Das gemeine Recht behandelt den Irrtum über den Grund der Berufung zum Erben bei der Lehre von der Antretung und Ausschlagung einer deferierten Erbschaft unter dem Gesichtspunkte seiner Einwirkung auf diese Willenserklärungen.

Die wirksame Berufung eines heres extraneus, das heisst einer ausserhalb des Hauses des Erblassers stehenden Person, bezeichnen die Quellen mit hereditas defertur, woraus man Delation-Berufung gebildet hat. Mit dem Eintritt des Erbfalls nämlich, das ist mit dem Tode des Erblassers, geht die Erbschaft nicht ipso iure, wie dies nach deutschem Recht allgemein und nach römischem Recht bei den sui heredes, den zum engeren Familienkreise des Erblassers gehörigen Personen, der Fall ist, auf die extrauei über, sondern wird ihnen gleichsam angeboten (deferiert), sodass sie jetzt die Möglichkeit haben sich zu entscheiden, ob sie die

Erbschaft behalten wollen oder nicht. Während bei den sui also Berufung und Erwerb (freilich nicht definitiver, denn der Prätor gab ihnen das beneficium abstinendi) zusammenfallen, fallen bei den extrauei Berufung und Erwerb zeitlich auseinander.

Die Ausübung der „Erbberechtigung“,[1] das heisst des mit der Delation der Erbschaft entstehenden Wahlrechtes des Erben, vollzieht sich durch einseitige Willenserklärungen, hereditatis aditio und repudiatio. Die stillschweigende Antrittserklärung hat einen besonderen Namen, pro herede gestio.[2] Treffend spricht Brinz[3] von einer Antretung durch „Worte“ und durch „Werke“. Die ältere formelle cretio und das Institut der bonorum possessio bleiben bei der folgenden Erörterung ausser Betracht, weil beide für das gemeine, erstere schon für das jüngere römische, Recht ihre Bedeutung verloren haben.

Bei der Betrachtung der Wirkungen, die der Irrtum über den Delationsgrund ausübt, werden wir uns auf die Antretung der Erbschaft beschränken; für die Ausschlagung gelten dieselben Rechtssätze wie für die Antrittserklärung. Es heisst, dass niemand eine Erbschaft repudiieren kann, der sie nicht auch antreten könne. So sagt l. 21 § 2 D. 29,2:

1) Köppen, Lehrbuch S. 94.

2) Manche freilich wollen als weiteren Begriff die pro herede gestio auffassen im Anschluss an § 7 l. 2, 19: pro herede gerere quis videtur vel re vel verbis. So Quassowski S. 7. Vergl. auch Leist, Bon. possessio II 2,76, darauf Gai II § 167 — aut cernendo aut pro herede gerendo vel etiam nuda voluntate verweist.

3) Brinz, Pand. S. 835.

ceterum ex quibus causis repudiautem nihil agere diximus, ex iisdem causis nec pro herede gerendo quidquam agere sciendum est.

l. 18 eodem.

is potest repudiare, qui et acquirere potest.

l. 4 eodem.

nolle hereditatem non videtur, qui non potest adire.

Die Quellenstellen, um deren Benutzung es sich bei der Frage nach den Wirkungen des Irrtums über den Delationsgrund handelt, sind ausser einer Institutionenstelle sämtlich in dem 29. Buche der Digesten und zwar im zweiten Titel de Acquirenda vel Omittenda Hereditate enthalten. Es sind folgende:

l. 7 J. de heredum qualitate et differentia (2,19) pro herede autem gerere quis videtur si (rebus hereditariis tamquam heres utatur vel vendendo res hereditarias aut praedia colendo locandove et) quoquo modo si voluntatem suam declaret vel re vel verbis de adcunda hereditate, dummodo sciat eum, in cuius bonis pro herede gerit, testato intestatove obiisse et se ei heredem esse.

l. 22 D. 29,2. Paulus libro secundo ad Sabinum nam ut quis pro herede gerendo obstringat se hereditati, scire debet, qua ex causa hereditas ad eum pertinat: veluti agnatus proximus iusto testamento scriptus heres, autequam tabulae proferantur, cum existimaret intestato patrem familias mortuum, quamvis omnia pro domino fecerit, heres tamen non erit: et idem iuris est, si non iusto testamento scriptus heres prolatis tabulis, cum putaret iustum esse, quamvis omnia

pro domino administraverit, hereditatem tamen non adquiret.

l. 17 § 1 D. eodem.

Ulpianus libro sephino ad Sabinum.
heres institutus idemque legitimus si quasi institutus repudiaverit, quasi legitimus non amittit hereditatem: sed si quasi legitimus repudiavit, si quidem scit se heredem institutum, credendum est, utrumque repudiasse: si ignorat, ad neutrum ei repudiatio nocebit neque ad testamentariam, quoniam hanc non repudiavit, neque ad legitimam, quoniam nondum ei fuerit delata.

l. 60 eodem.

Javolenus libro primo ex posterioribus Labeonis filium emancipatum pater solum heredem iustituit, si is heres non esset, servum liberum et heredem esse iusserat: filius, tamquam pater demens fuisset, bonorum possessionem ab intestato petit et ita hereditatem possedit. Labeo ait, si probraretur sana mente pater testamentum fecisse, filium ex testamento patri heredem esse. hoc falsum puto: nam filius emancipatus cum hereditatem testamento datam ad se pertinere noluit, continuo ea ad substitutum heredem transit nec potest videri pro herede gessisse, qui, ut hereditatem omitteret, ex alia parte edicti possessionem bonorum petat. Paulus et Proculus Labeonis sententiam improbat et in Javoleni sententia est.

l. 51 eodem.

Africanus libro quarto quaestionum.

eum qui duobus testamentis eiusdem testatoris heres scribitur, cum dubitet, num posterius falsum sit, ex neutro eorum posse adire hereditatem placet.

l. 97 eodem.

Paulus libro tertio decretorum.

Clodius Clodianus facto prius testamento postea eundem heredem in alia testamento inutiliter facto iustituerat: scriptus heres, cum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile repertum est. Papinianus putabat repudiasse eum ex priore hereditatem ex posteriore autem non posse adire. dicebam non repudiasse eum, qui putaret posterius valere pronuntiavit Clodianum intestatum decessisse.

Wir beschränken die nähere Erörterung dieser Stellen vorerst auf die beiden ersten, nämlich die l. 7 J. und die Eingangsworte der l. 22 D., die ganz allgemein gehalten sind, während die übrigen erst später betrachtet werden können.

In l. 7 § 2 sind zwei Erfordernisse enthalten: das „voluntatem suam declarare“ und das „scire“, und diese beiden Requisite kehren in den Stellen des betreffenden Digestentitels (29,2) immer wieder, wie ein Blick in diesen ohne weiteres ergibt. Das zweite Erfordernis, das scire wird in l. 22 D. scharf hervorgehoben und dahin formuliert, dass notwendige Voraussetzung (debet, ut) eines wirksamen (quis obstringat se hereditati) Erbschaftsantritts (proherede gerendo)

die Kenntnis (scire) des Delationsgrundes (qua ex causa hereditas ad eum pertineat ist.

Es erhebt sich die Frage, was unter dieser causa, dem Delationsgrunde zu verstehen ist?

Für das römische Recht kann das kaum zweifelhaft sein. Hier gab es zwei Delationsgründe, die sich gegenseitig ausschlossen: Gesetz und die voluntas testatoris, die zum Ausdrucke kommt in dem Testament, so dass zwar das Gesetz am letzten Ende immer zur Erbschaft ruft, indem dieses es ist, das dem Willen des Testators gesetzesgleiche Kraft verleiht: uti legassit paterfamilias super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto.

Das gemeine Recht aber kennt zwei Ausdrucksformen dieses Willens des Erblassers: Testament und Erbvertrag, das ist die vertragsmässige Berufung zum Erben, deren Gültigkeit auf deutschem Gewohnheitsrecht beruht. Folgt nun daraus, dass Testament und Erbvertrag als solche Berufungsgründe sind?

Windscheid,[4] der die herrschende Ansicht vertritt, beantwortet diese Frage dahin:

> Testament und Erbvertrag sind nicht zwei verschiedene Berufungsgründe, sondern zwei Erscheinungsformen ein und desselben Berufungsgrundes.

Demnach gibt es für das gemeine Recht zwei Berufungsgründe: Gesetz und Wille des Erblassers, mag dieser nun in einem Testament als einseitiger, frei widerruflicher Berufung oder in einem Erbvertrag,

4) Windscheid III. § 529 A. 3.

als vertragsmässiger unwiderruflicher Berufung, zum Ausdruck gekommen sein.

Der Erbe befindet sich daher in einem Irrtum über den Berufungsgrund, wenn er glaubt, Intestaterbe zu sein, während er in Wirklichkeit Testamentserbe ist oder umgekehrt. — Dagegen befindet sich der Erbe nicht in einem Irrtum über den Berufungsgrund, wenn er glaubt, er sei aus einem anderen Testamente berufen als dem, aus welchem er in Wirklichkeit berufen wird. Hier kennt er seinen Delationsgrund: voluntas testatoris. Wenn nun gleichwohl nach den Quellen der Erbe auch in diesem Falle nicht gültig annehmen und ausschlagen kann, sondern — wie l. 51 pr. D. 29,2 zeigt — die Adition des Erben, welcher sich aus einem anderen Testamente berufen glaubt, als dem, aus welchem in Wirklichkeit deferiert ist, nichtig ist, so lässt sich diese Nichtigkeit — nach dem oben aufgestellten Begriffe des Delationsgrundes — doch nicht mit Quassowski (S. 57) und v. Vangerow (Pand. 2 S. 334) darauf zurückführen, dass der Erbe hier seinen Delationsgrund nicht kenne. Es ist vielmehr daran festzuhalten, dass hier ein Irrtum über den Delationsgrund nicht vorliegt und anzunehmen, dass die Quellen nicht nur fordern, dass der Erbe weiss qua ex causa hereditas ad eum pertineat, sondern auch die Kenntnis davon, aus welchem von zwei Testamenten ihm deferiert wird, zur Voraussetzung der Addition erheben.

Aus dem in l. 22 aufgestellten Erfordernis der Kenntnis des Delationsgrundes beantwortet sich die Frage nach den Wirkungen des Irrtums über den

Berufungsgrund von selbst. Da infolge eines Irrtums die Kenntnis fehlt, so kann der Erbe nicht wirksam antreten: ut quis pro herede gerendo obstringat se hereditati, scire debet, qua ex causa hereditas ad eum pertineat.

§ 3.

Köppen,[1] der unsere Materie eingehender behandelt, sucht diese in den Quellen enthaltene Entscheidung, dass der Irrtum über den Berufungsgrund die Antrittserklärung unwirksam macht, zurückzuführen auf einen infolge dieses Irrtums vorliegenden Mangels der Willenserklärung und deduciert etwa folgendermassen:

Antritt und Repudiation sind einseitige Rechtsgeschäfte und sind als solche aus denselben Gründen nichtig wie andere Willenserklärungen. Nichtig ist eine Willenserklärung unter anderm, wenn der Erklärung nicht ein Wille entspricht.[2] Eine solche Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung kann die Folge eines wesentlichen Irrtums sein. Ein solcher Irrtum ist der Irrtum über den Delationsgrund. Be-

1) Köppen V. S. 141, 142.

2) K. steht also auf dem Boden der Willenstheorie, als deren hervorragendste Vertreter v. Savigny und Windscheid, (Wille und Willenserklärung 1878) zu nennen sind. Letzterer bezeichnet als den Grundgedanken dieser Theorie: „Das Wirkende, das die beabsichtigte Rechtswirkung Erzeugende ist zwar nicht der Wille in seiner Innerlichkeit, aber auch nicht die Erklärung in ihrer Äusserlichkeit, sondern eben die Erklärung des Willens, die Einheit von Wille und Erklärung.“ A. C. P. Bd. 63 S. 72.

findet sich der Erbe bei Abgabe der Antrittserklärung in einem solchen Irrtum, so ist daher diese Erklärung nichtig.

Zunächst ist zu bemerken, dass Köppen nur die Eälle behandelt, in denen der Erbe eine ganz allgemeine Antrittserklärung abgibt, das heisst ohne sich auf einen bestimmten Berufungsgrund zu beziehen.

Es sind daher die Fälle, in denen der Erbe sich mit Rücksicht auf einen bestimmten Berufungsgrund erklärt, vorweg zu betrachten. Liegt ein solcher Fall vor, erklärt z. B. der Erbe: „Ich will diese Testamentserbschaft des Titus antreten", so ergeben sich zwei Möglichkeiten.

Geht der Wille des Erben — und das wird im Zweifel bei einer derartigen Erklärung anzunehmen sein — dahin, die deferierte Erbschaft des Titus zu erwerben und soll mithin die Bezeichnung als Testamentserbschaft nichts anders als eine beiläufige Erwähnung des Berufungsgrundes bedeuten, so zeigt diese Angabe des Delationsgrundes — falls er nicht zutrifft — den Irrtum des Erben. Die Erklärung ist daher unwirksam. Dagegen ist sie wirksam, wenn der angegebene Berufungsgrund zutrifft, weil ja in diesem Falle sich ergibt, dass die scientia, qua ex causa hereditas pertineat in der Person des Erben vorhanden war.

Ergeben dagegen die die Erklärung begleitenden Umstände, dass die Hinzufügung des Wortes „Testament" der Erklärung den Sinn beilegen soll: „'ch will diese Erbschaft des Titus nur antreten, wenn sie ex testamento deferiert ist", so kommt es nicht in Betracht, ob dieser angegebene Berufungsgrund zutrifft oder nicht. Die

Erklärung ist vielmehr stets unwirksam, mag nun die Erbschaft eine Testaments- oder Intestaterbschaft sein. Der Grund liegt darin, dass die Aditio ein actus legitimus ist, qui non recipit condicionem.

Köppen berücksichtigt diese Fälle nicht, sondern erörtert nur den Fall, dass der Erbe sich schlechthin, etwa dahin ausspricht: „Ich will die Erbschaft des Titus antreten."

Setzt nun bei einer solchen Erklärung der Erbe einen ganz bestimmten Berufungsgrund voraus, der in Wirklichkeit nicht vorliegt, so soll die Erklärung nichtig sein wegen Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung. Köppen fasst also den Irrtum über den Berufungsgrund auf als einen Fall des „unechten" Irrtums Dieser Auffassung steht die Savignys entgegen.

Dieser rechnet den Irrtum beim Erbschaftsantritt zu den Fällen seines „echten" Irrtums. Er fasst ihn mithin auf als einen Irrtum, durch den die regelmässige Wirksamkeit der juristischen Tatsachen, die auf freien Handlungen beruhen, ausnahmsweise modifiziert wird. Von einer solchen Einwirkung des Irrtums kann man aber mit Savigny[3] nur reden, wenn der Fall, in dem der Irrtum vorkommt, so gestaltet ist, dass die notwendigen Bedingungen einer Willenserklärung vorliegen, denn sonst ist es eben nicht der Irrtum, der diese Wirkungen hervorruft. Daraus folgt, dass nach Savignys[4] Auffassung der Grund der Nichtigkeit einer im Irrtum über den Delationsgrund vorgenommenen Adition nicht etwa Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung ist.

3) Savigny, S. 328 unten, S. 330 Anm. c., S. 382, S 440.
4) Savigny, S. 440.

Ob nun diese Klassifizierung des vorliegenden Irrtums als echten Irrtums richtig war, oder ob diese Irrtum nicht doch zu den Fällen des unechten Irrtums zu rechnen ist, aber von anderen Gesichtspunkten aus als denen Köppens und zu einer anderen Gruppe, mag hier dahingestellt bleiben. Diese Frage wird später Erörterung finden. Sie kommt auch für das, was uns hier interessiert, nicht in Betracht. Was hier in Betracht kommt, ist die Feststellung, dass Savigny die Nichtigkeit einer im Irrtum über die causa delationis erklärten Aditio jedenfalls nicht auf einen Willensmangel, der infolge dieses Irrtums vorliege, zurückführt.

Und in der Tat dürfte man, wenn man mit Köppen diesen Irrtum in innere Beziehung zur Handlung setzen will, wohl kaum zu einem anderen Ergebnisse kommen als dem, dass dieser Irrtum nicht Divergenz zwischen Wille und Erklärung verursacht, sondern nur ein Irrtum n den Beweggründen ist.

Betrachten wir gleich einen Fall, wo ein solcher Irrtum vorliegt:

Wird dem Erben eine Erbschaft deferiert, so wird er sich in der Mehrzahl der Fälle erst vergewissern, ob sie ihm ab intestato oder ex testamento deferier wird. Das Interesse, das der Erbe daran hat, zu erfahren, ob er Testaments- oder Intestaterbe ist, wird meist ein ökonomisches sein. Weiss er, dass er ab intestato berufen ist, so hat er die Gewissheit, dass kein Testament vorhanden ist, das seine Erbschaft mit Vermächtnissen und Auflagen überschweren könnte. Daher wird der Erbe sehr oft eine Erbschaft, die ihm ab intestato deferier ist, annehmen, während er sie ex testamento ausgeschlagen

haben würde. — Enthält das Testament, das ihn zum Erben einsetzt, weiter keine Vermächtnisse und Auflagen, sondern stellt ihn nicht schlechter als er als Intestaterbe stehen würde, so wird es ihm in den meisten Fällen gleichgültig sein, ob ihm ab intestato oder ex testamento deferiert ist. — Erfährt der Erbe von der Delation der Erbschaft, so geht sein Wille dahin, das Hinterlassene unverkürzt zu erwerben. Er glaubt, es existiere kein Testament, das ihn beschweren könne, er erbe mithin ab intestato und unverkürzt. Unter dem Einfluss dieser Vorstellungen bildet sich in ihm der Wille, das Hinterlassene zu erwerben. Diesen Willen erklärt er. Nachher stellt sich heraus, dass ihm ex testamento deferiert ist. Liegt in diesem Falle etwa Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung vor? Der Wille des Erben ging dahin, die Hinterlassenschaft zu erwerben und diesen Willen hat er erklärt. Wenn er freilich den wahren Berufungsgrund gekannt hätte, so würde sich in ihm der Wille, die Erbschaft anzutreten, vielleicht nicht gebildet haben. Das ist aber für das Recht irrelevant.[5] Die Freiheit des Willens, wie sie vom Rechte gefordert wird, wird durch diesen Irrtum nicht aufgehoben. Es liegt eben ein Irrtum im Motiv vor.

Wenn daher die Quellen keine positive Bestimmung enthielten, so würde man sich für die Bedeutungslosigkeit eines solchen Irrtums aussprechen müssen, zum mindesten aber mit dem Zweifel zu ringen haben, ob hier wirklich ein Irrtum vorliegt, der den Willen ausschliesst oder nicht vielmehr ein Irrtum im Motiv.

---

5) Zitelmann, S. 342.

Für diesen letzten entscheidet sich auch Römer[6] ohne nähere Begründung. Auch Bähr[7] scheint, soviel aus seinen Worten hervorgeht, dieser Ansicht zu sein. Er sagt:

> Während die Erbschaftsantretung im Allgemeinen von den Motiven des Willens unabhängig ist, ist dagegen ihre Wirksamkeit völlig bedingt durch die Kenntnis von der Erbschaftsdelation und der Art derselben.

Wie später in der Darstellung des Rechts des BGB. zu erwähnen ist, war die zweite Kommission überwiegend der Ansicht, dass der Irrtum über den Berufungsgrund als Irrtum im Motiv aufzufassen sei, und dieser Ansicht hat sich denn auch die ganze Literatur des BGB. bis auf zwei Ausnahmen angeschlossen.

Ein solcher Irrtum im Motiv ist unzweifelhaft auch der Irrtum des Erben über die Erbquote, während Köppen[8] auch diesem die Kraft zumisst, den Additionswillen auszuschliessen. Um seiner Theorie vom Irrtum beim Erbschaftsantritt auf den Grund zu gehen, ist es nicht zu vermeiden, auch diesen Fall des Irrtums näher zu betrachten, selbst auf die Gefahr hin über die Grenzen des Themas hinauszugehen.

Ob der Irrtum über die Erbquote die Additionserklärung unwirksam macht oder nicht, ist bestritten. Köppen entscheidet sich für die Relevanz dieses Irrtums und sucht auch in diesem Falle die Unwirksamkeit auf Nichtübereinstimmung zwischen Wille und Erklärung

6) Römer, S. 4 und 7.
7) Bähr, S. 195.
8) Köppen V. S. 143 und 145.

zurückzuführen. Was derselbe aber in seinen Ausführungen auf Seite 144 zur Begründung und Erläuterung seiner Ansicht anführt, ist eher geeignet, den Irrtum über die Erbquote als Irrtum im Beweggrund erscheinen zu lassen. Es heisst da:

> Wer auf die Hälfte oder noch mehr berufen zu sein glaubt und in dem Gedanken an diese vermeintlich grössere Erbportion trotz einer lästigen Auflage[9] antritt, würde wegen derselben repudiiert haben, wenn er über seinen wahren Erbteil im Klaren gewesen wäre.

Ohne den Gedankengang zu stören, liesse sich fortfahren:

> Da er aber über seinen wahren Erbteil nicht im Klaren war, vielmehr glaubte, er sei auf die Hälfte eingesetzt, so trat er die Erbschaft an, und da dieser Irrtum nur die Veranlassung war, dass er antrat, so ist sein Antritt gültig, denn es liegt hier ein Irrtum im Motiv vor, der auf die Wirksamkeit der Erklärung ohne Einfluss ist.

Wenn Köppen[10] aber fortfährt und sagt:

> Der Delat, der über die Erbschaftsquote irre, irre damit über den Inhalt seines Erbrechts und schreibe sich ein anderes Erbrecht zu, als er in Wirklickeit hat; sein Irrtum schliesse daher beim Antritt wie bei der Repudiation den zur Ausübung seines wahren Erbrechts erforderlichen Willen aus,

9) Ein solcher Irrtum ist demnach im Grunde nichts anders als ein solcher Irrtum über den Geldwert der Erbschaft, und dass ein solcher Irrtum rechtlich unwirksam ist, darüber herrscht kein Zweifel.

10) K. V. S. 145.

so ist es wohl nicht unbillig, eine solche Konstruktion für gezwungen zu halten, die zudem psychologisch ganz unhaltbar ist. Sie konnte auch nur entstehen aus dem Bestreben, vorhandene Entscheidungen aus der Willenstheorie heraus zu erklären. Fehlten diese Entscheidungen in den Quellen, so wäre es doch wohl sehr gewagt, auf Grund einer solchen Konstruktion die Nichtigkeit der Adition statuieren zu wollen.

Ähnlich sagt der Autor S. 141 a. a. O.:

> Der Erbe, der sich im Irrtum über den Delationsgrund befinde, schreibe sich ein anderes Erbrecht zu und wolle daher auch dieses, nicht das zustehende Erbrecht ausüben.

Dem kann indes mit Recht entgegengehalten werden, dass ein solcher Wille wohl kaum im täglichen Leben vorkommen wird. Der Erbe, der antritt, hat den Willen, die Erbschaft für sich zu erwerben, Erbe des Erblassers zu werden.

So sprechen auch die Quellen stets von einem animus, ut vellet heres esse, einem animus tibi acquirendi, ferner im Gegensatz von nolle heres esse, nolle hereditatem ad se pertinere. [11]

Auch ist nicht einzusehen, wieso der Wille des Erben, die Erbschaft zu erwerben, der doch jedenfalls auch, wenn er sich über die Quote oder den Grund der Delation irrt, vorhanden ist, nun infolge dieses Irrtums einen ganz anderen Inhalt bekommen soll.

Diese irrige Vorstellung ist vielmehr das Motiv, unter dessen Einfluss sich in ihm der Wille anzutreten bildete.

11) Quassowski, S. 44.

Dahin führen auch folgende Erwägungen:

Der Erbschaftsantritt, vollzieht sich durch Willenserklärung. Der Rechtserfolg, den das Recht an diese Erklärung knüpft, muss beabsichtigt sein, denn sonst liegt eben der Tatbestand einer Willenserklärung nicht vor. Diese Rechtsfolge, die beabsichtigt sein muss, besteht darin, dass der Erbe die Erbschaft erwirbt, dass er also Gläubiger, Schuldner, Eigentümer und dinglich Berechtigter u. s. w. wird. Das Objekt,[12] an dem sich dieser beabsichtigte Rechtserfolg vollzieht, ist die hereditas. Der Erfolg einer Handlung ist dann völlig „individualisiert", wie Zitelmann sagt, wenn dieses Objekt individuell und konkret vorgestellt ist.

Zwar ist die Erbschaft keine Sache, sie ist überhaupt als solche nichts körperliches, das sinnlich wahrnehmbar wäre. Jedoch ist nicht einzusehen, weshalb es nicht möglich sein solite eine Erbschaft als corpus, als einheitlicher Gegenstand des Wollens gedacht, zu konkretisieren. Eine Erbschaft kann ich vielmehr völlig „individuell" bestimmen, indem ich sie mit Merkmalen bezeichne, die diese Erbschaft nicht mit einer anderen zu gleicher Zeit teilt. Solche Merkmale sind gegeben durch die Delation und die Person des Erblassers Die Erbschaft des Titus, die mir deferiert ist, kann nur eine Erbschaft sein.

Daher ist die Absicht des Erben, der den Willen hat, die „deferierte Erbschaft des Titus zu erwerben", bereits auf ein ganz konkretes Objekt individualisiert.

12) Zum Folgenden: Zitelmann „Die Individuallisierung der Absicht". Kap. IV. Abschnitt 3 S. 433 ff.

Die Vorstellungen, die er von dieser Erbschaft sich macht, ob sie so oder so gross, ob sie solvent oder nicht solvent sei, diese und ähnliche Vorstellungen betreffen also ein schon vollkommen individuell bestimmtes Objekt. Ist aber die Absicht so auf ein konkretes Objekt bereits induvidialisiert, so wird sie nicht dadurch ausgeschlossen, dass ich diesem Objekt Merkmale beilege, die dasselbe nicht hat. Ein Irrtum über solche „Eigenschaften" schliesst daher das Dasein der Absicht nicht aus, und da diese vorhanden ist, so kann auch der Erfolg eintreten, den das Recht an diese Absicht knüpft. Ein Irrtum über solche „Eigenschaften", dass also die Erbschaft so oder so gross ist, kann daher nur Motiv für die Fassung dieser Absicht sein.

So sagt denn auch Köppen[13] selbst:

Wenn sich der Erbe bei der Antrittserklärung eine falsche Vorstellung von der Grösse seines Erbteils macht, so kann ein solcher Irrtum unmöglich den Antritt ungültig machen, denn es liegt hier nur ein Irrtum im Motiv vor.

Worin nun der Grund liegen soll, dass der Irrtum über die Grösse des Erbteils einmal Irrtum im Motiv und das andere Mal Irrtum, der den Willen ausschliesst sein soll, das unterlässt Köppen uns zu sagen und man wird auch wohl vergeblich nach einem solchen suchen. Wenn der Irrtum über die Erbquote in dem einen Falle Irrtum im Motiv ist, so muss es auch in dem anderen sein.

Vollkommen im Stich aber lässt uns die Theorie Köppens bei der Beantwortung folgender Frage.

13) Köppen VI. S. 316.

Die Quellen enthalten in l. 51 pr. D. 29,2 die Entscheidung, dass der Erbe, der nicht weiss, aus welchem von zwei Testamenten ihm deferiert ist, nicht antreten kann. Köppen[14] erklärt diese Entscheidung damit, dass der Erbe hier über seine Erbquote irre. Das ist aber doch nicht einmal stets richtig. Man kann das wohl für die Fälle gelten lassen, in denen in einem zweiten Testament seine Erbquote wirklich verändert ist.

Für die Fälle dagegen, in denen dies nicht zutrifft verlässt uns die Theorie Köppens: Der Erbe ist in beiden Testamenten gleich gut gestellt; die Errichtung eines zweiten Testamentes hatte andere Zwecke. — Solche Fälle lassen sich denken, sie sind auch nichts Abnormes. — Der Erbe hält das spätere Testament für gefälscht und tritt in diesem Irrtum an. Nach den Quellen ist die Adition unwirksam. Der Erbe irrte hier nicht über seine Erbquote. Auch schrieb er sich nicht etwa ein anderes Erbrecht zu und wollte nur dieses, nicht das ihm wirklich zustehende ausüben, wie Köppen sagt. Worin soll diese Artverschiedenheit bestehen? In beiden Fällen ist ex testamento deferiert, sodass man nicht etwa sagen kann, es läge ein Irrtum über den Delationsgrund vor, der — nach Köppen — die Ausübung des Erbrechts als eine unabsichtliche Erklärung ohne Willen erscheinen lassen muss! Wie gesagt, diese Theorie vermag das Faktum, dass die Adition in diesem Falle nichtig ist, nicht zu erklären, und Köppen hat eine Erklärung versucht nur für die Fälle, in denen die Erbquote verändert worden ist.

14) Köppen VI. S. 317.

Dieser Autor macht ferner einen Unterschied zwischen Irrtum, Zweifel und Nichtwissen, indem er dem Zweifel zwar in einigen Fällen die gleiche, in anderen Fällen aber die entgegengesetzte Wirkung als dem korrespondierenden Irrtum zulegt. Ja, er wirft der heutigen Doktrin vor, dass sie die Fälle des Irrtums, Zweifels und Nichtwissens nicht genügend auseinanderhalte.[15]

Die heutige Doktrin steht damit nur auf dem Boden der Quellen, denn diese enthalten, wie später (§ 4) zu zeigen sein wird, für den Zweifel und das Nichtwissen dieselben Entscheidungen wie für den Irrtum und schreiben allen dreien die gleiche Wirkung zu, was sich ohne Weiteres aus der Quellentheorie erklärt.

Köppen dagegen muss von seinem Standpunkte aus — für die Fälle, wo er dem Zweifel die gleiche Wirkung wie dem Irrtum, also die Kraft die Adition nichtig zu machen, beilegt — nach einer besonderen Erklärung suchen und glaubt sie in Folgendem gefunden zu haben:[16]

In den Fällen, wo der Delat an der Existenz seines Erbrechts zweifeln muss, kann er, ohne sich mit seinem Bewusstsein in Widerspruch zu setzen, den Entschluss zum Antritt der Erbschaft nicht fassen.

Es ist jedoch nicht einzusehen, wieso ein Zweifel den Entschluss des Erben, die Erbschaft anzutreten, überhaupt nicht zur Entstehung kommen lassen soll. Wenn er eine Erbschaft antritt, von der er nicht weiss,

---

15) Köppen V. Anm. 100.
16) Köppen V. S. 151.

ob sie ihm in Wirklichkeit deferiert ist oder nicht, so weiss er genau, dass der beabsichtigte Rechtserfolg nicht absolut sicher eintreten wird. Deshalb kann er aber doch diesen Erfolg beabsichtigen, ohne sich dadurch mit seinem Bewusstsein in Wiederspruch zu setzen.

In seinem Lehrbuch hat denn Köppen[17] auch diese Erklärung fallen lassen und eine andere an ihre Stelle gesetzt, die dahin geht, dass das römische Recht, wenn es eine Antretung trotz solcher Ungewissheit zugelassen hätte, eine Person zum Erben gemacht haben würde, die von den Gläubigern belangt, sich ihrem Zugriff durch Berufung auf die Ungewissheit ihrer Erbberechtigung entziehen könnte.

Diese Erklärung erscheint weitliegend im Vergleich zu der, welche sich aus den Quellen ergibt.

§ 4.

Bei näherer Betrachtung der Quellen wird sich ergeben, dass Köppens Theorie in ihnen keinen Boden findet.

Damit werden wir zu dem Ergebnis kommen, dass diese Theorie nicht aufrecht erhalten werden kann, da sie einerseits — wie in § 3 zu zeigen war — nicht vermag die in den Quellen enthaltenen Entscheidungen in befriedigender und zwingender Weise zu erklären, andererseits — und das ist in § 4 zu untersuchen — die Quellen wenig Anhalt für sie bieten, und das Prinzip, das sich aus diesen herauslesen lässt, weit geeigneter ist, befriedigende Resultate zu liefern.

17) Köppen, Lehrbuch S. 110.

Wir knüpfen diese Untersuchung an den Schluss des § 2 dieser Erörterung an. Dort haben wir gesehen, dass der Grundsatz der Quellen in l. 7 § 2 J. enthalten ist, in der die Erfordernisse eines gültigen Erbschaftsantrittes gegeben werden, nämlich:

1. das voluntatem suam declarare;
2. das scire.

Bemerkenswert für die Auffassung der Quellen ist die scharfe Hervorhebung des Wissensmomentes als eines dem Willensmomente gleichgestellten, vollkommen selbständigen Erfordernisses.

Entspräche diese Lehre Köppens den Quellen, so wäre es überflüssig, das scire noch in dieser Schärfe hervorzuheben, denn diese Theorie lässt das Wissensrequisit vollkommen in dem Willensmomente aufgehen und behauptet geradezu die Unmöglichkeit des Wollens ohne das Wissen, wie das namentlich aus folgendem Satze hervorgeht: [1]

> Der Wille wird jedesmal durch das in concreto zustehende Erbrecht vorgeschrieben. Aus diesem muss Antritt und Repudiation erfolgen, damit(!) der zu beiden nötige Wille existiert.

Einen weiteren Beweis dafür, wie wenig Anhalt diese Theorie in den Quellen findet, liefert die oben citierte l. 51. Charakteristisch ist das non posse adire. Die Stelle sagt nicht, wie das dieser Theorie entsprechen würde, non vult adire, obwohl dies velle sonst in den Quellen nicht sehr selten ist. Dieselbe Ausdrucksweise kehrt in den Stellen des Titels 2 häufig wieder. Man findet Ausdrücke wie:

1) Köppen V. S 138.

voluntarius existere non potest,
nec repudiare potest,
adire hereditatem non potest,
adiri hereditas non potest,
non potest adire,
non poterit adire hereditatem,
ex neutro . . . . posse adire hereditatem,
empediunt heredem circa adeundam, heredit.,
adire non possit.

Vermissen wir in diesen Stellen — vom Standpunkte der Theorie Köppen — das velle, so finden wir um so häufiger das zweite Moment durch scire putare, existimare und ignorare hervorgehoben, ja die Gültigkeit der Adition, mit dem Vorhandensein des Wissens durch ein quoniam, dummodo, si und ut begründet. Noch stärker, als notwendige Bedingung eines gültigen Antritts wird dies Erfordernis hervorgehoben in l. 5 § 1 D. 5,4.

si cetera, quae oportet eum scrire, non ignoret,

nicht minder in l. 22, wo es heisst:

scire debet, ut quis,

und in l. 23:

certus esse debet de suo iure is, qui repudiat.

Daraus folgt, dass die Quellen eine gewisse scientia des Erben als „Tatbestandsmoment" des Erbschaftsantrittes erfordern. Diese scientia ist als durchaus selbständiges Erfordernis aufzufassen, das dem Willensmomente als gleichwertig nebeneinander zu stellen ist, wie das l. 7 § 2 J. zeigt. Sie umfasst alle wesentlichen Momente der Delation. Zu diesen, dem

cetera, quae oportet eum scire, gehört auch der Delationsgrund, der hier allein interessiert.

Von diesem besonders handelt die l. 22, die mit klaren Worten besagt, die Erklärung, die Erbschaft antreten zu wollen, ist keine wirksame pro herede gestio, wenn nicht die scientia der causa delationis in der Person des Erben vorhanden ist.

Daher wird, sagt diese Stelle weiter, der proximus agnatus, der glaubt, er wäre ab intestato berufen, während er in Wahrheit Testamentserbe ist, nicht Erbe, auch wenn er alles getan hat, was als Erbschaftsantritt nach der Regel des Lebens angesehen werden muss, quamvis omnia pro domino fecerit. Dasselbe ist der Fall, wenn er, weil in einem ungültigen Testamente eingesetzt, als Intestaterbe berufen ist, und, dieses für gültig haltend, die Erbschaft antritt in der Meinung als Testaterbe berufen zu sein.

Köppen begründet diese Entscheidung damit, es sei infolge des Irrtums des Erben über den Berufungsgrund unbewusst erklärt, was nicht gewollt sei.

Wie wenig Anhalt für eine solche Erklärung jedoch gerade diese Stelle bietet, zeigt deren Ausdrucksweise etsi omnia pro domino fecerit, die darauf hinweist, dass die Ursache der Nichtigkeit der Adition offenbar nicht in einem mangelnden Willen zu suchen ist.

Der Grund der Entscheidung liegt vielmehr darin, dass der Irrtum über den Delationsgrund das Fehlen des von den Quellen geforderten Tatbestandsmomentes der scientia, qua ex causa hereditas pertineat, bewirkt.

Der Irrtum kommt hier also in seiner Eigenschaft als Negation der scientia in Betracht. — Zwar hat

auch der Irrtum, welcher den Willen ausschliesst, diese „negative“ Funktion, wie Hesse und Zitelmann[2] hervorheben. Er erscheint hier ebenfalls als Negation der scientia und zwar kann er beim Rechtsgeschäft in dreifacher Weise Bedeutung haben, nämlich als unrichtige oder mangelnde Vorstellung a) über das eigene Tun, b) über die Folgen des Tuns, c) als unrichtige Vorstellung im Motiv. Nichtigkeit bewirkt der Irrtum unter a. und b. Der Grund der Nichtigkeit ist nicht der Irrtum als solcher, sondern das Fehlen eines Tatbestandmomentes des Rechtsgeschäfts, dessen Vorhandensein der Irrtum negiert. Er ist also auch hier ein „unechter“ und hat negative Funktion. —

Diese Funktion aber kann ein Irrtum nicht nur in den Fällen haben, wo er in innerer Beziehung zum Rechtsgeschäft steht, sondern auch in den Fällen, wo er dieser Beziehung entbehrt. Auch hier kann er als Negation der scientia in Betracht kommen. Diese scientia gehört hier jedoch nicht zum Tatbestande des Rechtsgeschäfts, sondern bildet für sich ein selbstständiges Tatbestandsmoment.

Dies ist beim Irrtum beim Erbschaftsantritt der Fall.

Das Recht erfordert hier ein positives Wissen als „isoliertes“ Tatbestandsmoment.[3] Ein Irrtum ist kraft des in ihm enthaltenen ignorantia-Momentes die Negation dieser scientia.

An analogen Fällen fehlt es im Rechte nicht. Man denke nur an die Fälle, wo an den Ablauf einer Frist a die scientiae eine Rechtsfolge geknüpft ist.

---

2) Hesse, Bd. 15 S. 74; Zitelmann S. 371.
3) Zitelmann, S. 347.

Als Gegenstücke zu diesen beiden Fällen sind zu nennen: Der Irrtum bei der bonae fidei possessio und der usucapio.

In den beiden letzten Fällen ist der Irrtum ein „echter" Irrtum, der „positive" Funktion hat, nicht, wie in den beiden ersten Fällen „negative". Allen diesen Fällen aber ist gemeinsam, dass der Irrtum nicht in innerer Beziehung zur Handlung — wo solche etwa gefordert wird — steht, sondern als „isoliertes" Tatbestandsmoment und als Negation eines solchen auftritt.

Es wird jetzt zu untersuchen sein, ob dies aus dem bisher erörterten Quellenmaterial abgeleitete Wissensprinzip imstande ist, die übrigen für unsere Materie in Betracht kommenden Quellenentscheidungen zu rechtfertigen.

l. 17 § 1 handelt davon, dass ein Intestaterbe ex testamento berufen ist. Es wird die Frage entschieden, ob er, wenn er als Intestaterbe ausschlägt, damit zugleich die Testamentserbschaft repudiiert. Die Beantwortung dieser Frage kann nach dem oben aufgestellten Quellenprinzip nicht zweifelhaft sein. Das Vorhandensein des zweiten Tatbestandmomentes der scientia ist das Entscheidende:

l. Wusste der Erbe, dass er zum Testamentserben eingesetzt war, so repudiiert er, indem er als Intestaterbe ausschlägt, damit zugleich auch als Testamentserbe, denn die Intestaterbschaft kann ihm nur dann deferiert werden, wenn er die Testamentserbschaft ausgeschlagen hat. Das zeigt l. 77 eodem deutlich:

> verum eodem momento intellegor et ex testamento et legitimam repudiare, sicuti si legitimam velim

ad me pertinere, cum sciam testamento mihi relictam, videbor ante repudiare testamentum est ita legitimam adquisisse.

Da also der Ausschlagung der einen die der anderen vorhergehen muss, so muss die Ausschlagung der Intestaterbschaft die der Testamentserbschaft involvieren, credenc us est utrumque repudiasse. Notwendige Voraussetzung aber ist die scientia des Erben davon, dass er als Erbe eingesetzt ist, si quidem scit, se heredem institutum.

II. Weiss er dies dagegen nicht, si ignorat, so ist eine Ausschlagung der Intestaterbschaft nicht möglich, quoniam haec nondum ei fuerit delata, denn die Delation derselben setzt Repudiation der Testamentserbschaft voraus, und auch diese ist nicht möglich, da die scientia des Erben vom Delationsgrunde fehlt. Daher sagt Ulpian für diesen Fall ad neutrum ei repudiatio nocebit neque ad testamentariam neque ad legitimam.

Die l. 60 l. c. enthält gleichfalls eine Anwendung unseres Prinzips. Ihr Tatbestand ist folgender — Ich schliesse mich bei der Erklärung dieser Stelle Quassowski[4] an, der sich seinerseits auf ein Manuskript von Geheimrat Salkowski stützt. —

Ein filius emancipatus ist von seinem Vater im Testamente instituiert, ein Sklave ihm cum libertate substituiert. Um den ihm lästigen Testamentsbestimmungen zu entgehen, sucht er die bonorum possessio intestati beim Prätor nach, indem er wider besseres Wissen vorgibt, tamquam pater demens fuisset, sein Vater sei

4) Quassowski, S. 56.

geisteskrank gewesen und habe daher nicht die testamenti-factio activa besessen.

Die Ansichten der römischen Juristen gehen über diesen Fall auseinander:

Labeo meint, wenn der filius emancipatus, obwohl er weiss, dass das Testament rechtsbeständig ist, die bonorum possessio intestati nachsucht, so kann darin nur eine pro herede gestio [5] gesehen werden.

Javolenus, Paulus und Proculus meinen, darin kann eine pro herede gestio nicht gesehen werden, nec potest videri pro herede gessisse, sondern nur eine Repudiation, da der Erbe weiss, dass er wegen der Substitution gar nicht ab intestato erben kann.

Beide Entscheidungen sind aber nur denkbar, wenn der Erbe in Wirklichkeit wusste, dass sein Vater nicht geisteskrank gewesen, daher das Testament gültig war denn eine Erbschaft kann man nur dann adiren oder repudiiren, wenn man die causa delationis kennt. Dass diese scientia in der Person des Erben vorhanden war zeigt das tamquam, das mit „unter dem Vorgeben" wieder zu geben ist.

Handelten die bisher angeführten Stellen von der scientia causae delationis des Erben, so stellt l. 51 das Erfordernis auf, dass der Erbe auch wissen muss, aus welchem von zwei Testamenten er berufen ist. Wenn daher der Erbe zweifelt, ob das Testament späteren Datums untergeschoben ist oder nicht, so kann er aus

5) Natürlich aus dem Testament, denn der f. em. hat kein civiles Intestaterbrecht, sondern wird ab intestato nur vom Edikt in der ersten prätorischen Erbklasse berufen. Vgl. Czyhlarz, S, 326 A. 1.

keinem von beiden antreten. Ist das zweite gültig, so ist das erste aufgehoben. Ist das zweite nichtig, so ist der Erbe aus dem ersten berufen. [6] Ein Zweifel schliesst die Nichtkenntnis des Erben, aus welchem von beiden Testamenten deferiert ist, in sich. Dass man aber hier nicht sagen kann, wie Quassowski,[7] es sei die Kenntnis des Delationsgrundes nicht vorhanden, ist schon oben erörtert worden.

Hierher gehört auch die viel umstrittene l. 97 eodem, deren Tatbestand folgender ist:

Clodius Clodianus stirbt mit Hinterlassung zweier Testamente, von denen das erste gültig ist, das spätere nichtig. Der Testamentserbe hält das letztere für gültig und will aus diesem die Erbschaft antreten. In Konsequenz des oben entwickelten Prinzips (l. 51) ist die Adition nichtig.

Bestritten aber ist, ob der Erbe die Erbschaft aus dem ersten Testamente repudiiert hat. Eine solche Repudiation ist nicht möglich, da der Erbe nicht wusste, dass das — echte — Testament wirksam, mithin aus diesem deferiert war.

Dafür entscheidet sich denn auch Paulus.

Papinianus ist dagegen der entgegengesetzten Ansicht. Er meint, repudiasse eum ex priore testamento; aus welchen Gründen, ist nicht angegeben.

Franke[8] nimmt an, Papinian sei davon ausgegangen, dass der Erbe die Ungültigkeit des zweiten Testamentes gekannt habe.

6) Vergl. Glück, Bd. 42 S. 418.
7) Quassowski, S. 57.
8) Franke A. C. Pr. Bd. 14. S. 202 ff.

Der Meinung Köppens,[9] das zweite Testament sei ab initio gültig gewesen, steht jedoch wohl, wie Quassowski[10] bemerkt, das repudiare eum ex priore testamento entgegen.

Gewöhnlich[11] schliesst man sich der Ansicht des Paulus an, da diese mit dem allgemeinen Prinzip im Einklang steht, dass man, wie Puchta sagt, nur etwas repudiieren kann, was deferiert ist und von dessen Delation man weiss. Auch ist die Ansicht des Paulus noch in anderen Stellen der Quellen enthalten. So z. B. in l. 19 D de inoff. test. (5,2).

> nec enim quae ex testamento adiit, quod putat valere, repudiare legitimam hereditatem videtur, quam quidem scit sibi deferri,

eine Stelle, die gleichfalls eine Anwendung des Quellenprinzips enthält.

Auch die in c 4 C. I, 18 enthaltene Entscheidung beruht auf diesem Rechtssatze der Quellen: ut quis pro herede gerendo obstringat se hereditati scire debet, qua ex causa hereditas ad eum pertineat. Diese Stelle lautet:

9) Köppen V. S 142.

10) Quassowski, S S. 57.

11) So Glück Bd. 43 S. 10; Arndts S. 915 A 2; Bähr S. 197; Puchta P. S. 418 D., V. Bd. II, S. 427; Dernburg III. S. 317 A 2; Dedekind, Die Anerkennung ungültiger letztwilliger Verfügungen S. 25 ff.; Seuffert V. S. 302.

Die Ansicht Papinians ist einem Erkenntnis des OAG. Jena zu Grunde gelegt unter Berufung auf einen Rechtsirrtum, in dem der Antretende sich befinde und der dem nichts nutze, der, wie hier, etwas erwerben wolle. In § 7 dieser Erörterungen ist zu zeigen, dass es hier auf die Qualität des Irrtums nicht ankommen kann.

Impp. Diocletianus et Maximianus A. A. Julianae.

Si post divisionem factam testamenti vitium in lucem emerserit, ex his, quae per ignorantiam confecta sunt, praeiudicium tibi non com parabitur. ostende igitur apud correctorem virum clarissimum amicum nostrum testamentum vel fide veri deficere vel iuris ratione stare non posse, ut infirmata scriptura, quae testamenti vice prolata est, solidam successionem obtineas.

Wenn nach der Erbteilung ein Mangel des Testaments zum Vorschein kommt, so soll Dir aus dem, was infolge des Irrtums geschehen ist, kein Nachteil erwachsen. Lege dies also dem hohen Korrektor, Unserem Freunde dar, dass das Testament entweder keinen Glauben verdient oder nicht zu Recht bestehen könne, damit Dir, nachdem die Schrift, welche als ein Testament gelten sollte, für ungültig erklärt worden ist, Deine Erbfolge gesichert werde.

Die Intestaterbin hat im vorliegenden Falle auf Grund eines Testamentes angetreten, das sie für gültig hielt. Nacher stellt sich heraus, dass dasselbe ungültig ist, sie also ab intestato berufen war. Der Erbschaftsantritt ist nichtig, da der Erbin die scientia des Berufungsgrundes fehlte. Daher dauert die Delation fort, sodass die Erbschaft jetzt aus dem wichtigen Berufungsgrund — ab intestato — angetreten oder repudiiert werden kann.

Es bleibt noch übrig, auf das Verhältnis von Irrtum Zweifel und blossem Nichtwissen in ihrer rechtlichen Bedeutung beim Erbschaftsantritt kurz einzugehen und

auch in dieser Beziehung die Quellentheorie festzustellen.

Der Irrtum beim Erbschaftsantritt wirkt als Negation der scientia. Die in einem solchen Irrtum erklärte Adition ist unwirksam, weil dieser Irrtum das Fehlen jenes vom Rechte geforderten Tatbestandsmomentes bewirkt.

Dieselbe Wirkung muss offenbar auch das blosse Nichtwissen haben, denn es kann nicht in Betracht kommen, ob an Stelle des fehlenden Wissen seine andere Vorstellung (error) getreten ist oder garkeine Vorstellung (ignorantia).

Ja, die Negation eines solchen positiven Wissens muss auch schon in dem Zweifel, der subjektiven Ungewissheit liegen, denn, solange man nicht fest überzeugt ist, ob sich eine Tatsache so oder anders verhalte, ist man über den wahren Verhalt in Unwissenheit. Es mussten also Zweifel und Irrtum vollkommen gleich behandelt werden, da beide die Negation der scienta sind.

Und das ist in der Tat der Fall. Die Quellen machen keinen Unterschied zwischen Irrtum, Zweifel und blossem Nichtwissen, worauf wir schon oben hinzuweisen Gelegenheit hatten. Dort haben wir behauptet, dass K ö p p e n auch insofern in Widerspruch mit den Quellen stehe. Diese Behauptung soll jetzt durch die Quellen brgründet werden.

Einen Anhaltspunkt für die Richtigkeit des Gesagten gibt l. 70 D regul. jur. (50,17), welche lautet:

> in totum omnia, quae animi destinatione agenda sunt, nonnisi vera et certa scientia perfici possunt.

Dass diese Stelle ganz besonders der Lehre von der Adition und Repudiation einer Erbschaft angehört, zeigt Jacobus Gottofredus[12] in seinem Kommentar zum erwähnten Digestentitel, worauf Mühlenbruch[12] hinweist.

In l. 32, § 1 und l. 32, § 2 D 29,2 findet sich die gleiche Ausdrucksweise sowohl beim Zweifel wie beim Nichtwissen, um die beiden Möglichkeiten auszudrücken, die der Vorstellung als gleich wahrscheinlich erscheinen:

§ 1 si ignoret, utrum . . . . an.

§ 2 si incertus sit, — . . . . an.

Einige Stellen[13] verwenden sogar das ignorae und das dubitare als völlig gleichbedeutend. So Ulpianus in l. 34 pr. D 29,2:

> sed et si de sua condicione quis dubitet, — posse eum adquirere hereditatem. — cur autem, si suam ignoret condicionem, adire potest, si testatoris, non potest? illa ratio est, quod, qui condicionem testatoris ignorat, an valeat testamentum dubitat.

Ferner Paulus l. 74, § 4 D eodem:

> qui heres institutus ab aliquo dubitat, an libertas ei ex testamento domini obtigerit, cum nesciat condicionem libertatis exstitisse vel hereditatem aditam —

Endlich: Ulpianus l. 1 § 5 D si pars 5,4:

> — ubicunque merito quis incertus est, quam partem vindicet —

12) Jac. Gothofredus, S. 935; Glück, S. 416 Anm 11.
13) Schröder XV. S. 449.

Dazu Paulus l. 5 § 1 D eodem:

— posse eum adire, qui nescit portionem.

Was insbesondere den hier allein interessierenden Delationsgrund betrifft, so haben wir hinsichtlich desselben die gleiche Behandlung des Zweifels wie des Irrtums in den Quellen ausdrücklich anerkannt. l. 39 D. 29,2 sagt:

certus esse debet an ex testamento an ab intestato heres existat.

Daraus folgt unmittelbar, dass wenn der Erbe incertus est (dubitat) das ist also zweifelt, ob er ab intestato oder ex testamento berufen ist, er nicht antreten kann.[14]

Die l. 51 D, die auch in dieser Hinsicht in betracht kommt, haben wir schon oben erörtert.

Damit glauben wir die Anschauung der Quellen genügend dargelegt zu haben.

§ 5.

Es bleibt uns noch übrig, einen kurzen Überblick über die verschiedenen in der Literatur vertretenen Ansichten zu geben:

Ausser Köppen behandeln Northoff und Quassowski diese Materie eingehender.

---

14) Prätorische Änderungen enthalten die leges 84 D. 29, 2 und l. 4 § 3, 5 D. 37, 4. Auf Gtund dieser Stellen will Köppen V. S. 161 System S. 397 für das gemeine Recht dem Zweifel über den Delationsgrund die Relevanz nehmen Ebenso v. Vangerow, Pand. 2 S. 334, Windscheid, Bd. III S. 420 Gegen sie Northoff, VI. S. 252, XXI S. 121, Schröder, S. 450, Quassowski, S. 39. Näher darauf einzugehen, ist hier nicht möglich.

Northoff[1] kommt gleichfalls zu dem Schlusse, dass es nicht zulässig sei, die „Irrtumstheorie“ hier anzuwenden und man der Willenstheorie Gewalt antun müsse, wenn man mit ihr die positiven Bestimmungen, die in den Quellen enthalten sind, erklären wolle. Er zieht jedoch das Moment des Wissens in den Begriff der Delation hinein und scheidet diese in objektive und subjektive Delation. Als erstere bezeichnet er das, was die herrschende Lehre unter Delation versteht, als subjektive Delation fasst er das Wissen des Erben von der objektiven Delation auf. Er kommt dann von seinem Standpunkte aus zu dem Resultate, dass eine Antretung ohne Wissen keine Antretung sei, weil Voraussetzung jeder Antretung die Delation sei nach dem Rechtssatze der l. 21 D. 29,2

> sed ita demum pro herede gerendo ac quiret hereditatem, si iam sit ei delata.

S. 242 sagt der Autor:

> Da die Delation erst mit dem Wissen eintritt, so ist die vor dem Wissen liegende Handlung des Erben gleichgültig, weil sie vor der Delation liegt.

Ähnlich wie Northoff verfährt auch Lasalle.[2]

Northoffs eigenartige Ansicht von dem Wesen der Delation hat bei Göring[3] Anklang gefunden, der ihr eine eingehende Besprechung widmet.

Sehr bestimmt und quellenmässig fasst Lotmar[4] die Wirkung des Irrtums beim Erbschaftsantritt auf, wenn er sagt:

1) Northoff, VI. S. 248 ff. XXI. S. 86, 95 u. and.
2) Lasalle, II. S. 364
3) Göring. S. 157.
4) Lotmar, S. 67.

Zum rechtswirksamen Tatbestand des Erbschaftserwerbes ist das entschiedene Bewusstsein eines gewissen Sachverhaltes ebenso erforderlich und wichtig, wie dieser selbst; es gehört also zur Gültigkeit jenes Aktes eine gewisse certa scientia vel opinio.

Nicht minder: Wendt,[5] der diese Fälle des Irrtums in dem § 46 seiner Pandekten behandelt, welcher betitelt ist: Wissen und Nichtwissen als Tatbestandsmoment.

Beiläufig erwähnen das Wissensmoment Bekker[6] und Jhering, worauf Northoff verweist, auch Bähr, worauf schon eingegangen ist.

Auf dem Boden der Quellen stehen Mühlenbruch,[7] Sintenis, Brinz und Dernburg.

In Windscheids[8] Fassung:

Die Erbschaftsantretung ist ungültig, wenn der Antretende glaubt, dass sie unwirksam sei; aber auch schon dann, wenn er an ihrer Wirksamkeit zweifelt, ausgenommen Zweifel und Irrtum über die eigene Erwerbsfähigkeit.

Die Annahme ist ungültig, wenn sie irrtümlich auf eine andere Berufung gerichtet ist als die, welche vorliegt,

5) Wendt, Pand. S. 116.

6) Bekker II. S. 24; Jhering, Jahrb. Bd. II S. 154; Northoff VI. S. 245 Anm.

7) Mühlenbruch in Glück Bd. 42 S. 415; Sintenis III. S. 491; Brinz, S. 837; Dernburg III. S. 523.

8) Windscheid III. S. 419.

tadelt Quassowski[9] den Anfang als unquellengemäss. Quassowski[9] selbst kommt zu dem Resultate, dass

> die im Irrtum über die tatsächlich erfolgte Delation abgegebene Antrittserklärung des Berufenen nichtig ist, weil die Kenntnis der Delation rechtliches Erfordernis ist.

Mayer,[10] Unger, Thibaut und Keller heben das Wissensmoment als selbständiges Erfordernis hervor, indem sie es als Voraussetzung der Ausschlagung bezeichnen.

Dagegen behandeln die übrigen Autoren das Wissensmoment nicht als selbständiges Erfordernis. Teilweise ziehen sie das Wissen in den Willensbegriff und wollen aus der Natur des Willens das Wissensrequisit folgen.

Diese Auffassung, die bei Baron[11] und schon mehr bei Tewes, bei beiden jedoch nur andeutungsweise zum Vorschein kommt, kommt bei Arndts[12] und Vering, vor allem bei Puchta[13] klar zum Ausdruck.

Der letztere stellt sich ganz auf den Standpunkt der Köppen'schen Theorie, wenn er sagt:

> zur Erwerbung erforderlich ist der entschiedene und bestimmte Wille auf die erfolgte Delation hin Erbe zu werden. Zweifel über die Delation und

9) Quassowski, S. 40, Quassowski, These III.

10) Mayer, S. 333; Unger, S. 154; Thibaut, S. 387; Keller, S 471.

11) Baron S. 718; Tewes II. S. 29.

12) Arndts, S. 907; Vering S. 486.

13) Puchta, S. 715.

den Delationsgrund schliessen diesen Willen und somit die Erwerbung aus.

Dasselbe sehen wir bei Vangerow,[14] der zwar das Wissensrequisit als selbständiges Moment hervorhebt, aber in seiner weiteren Ausführung den Boden der Quellen verlässt, wenn er behauptet:

> Wenn der Delat irrtümlich glaubt, die Erbschaft sei ihm noch garnicht deferiert, so ist seiner Meinung nach weder eine Antretung noch eine Ausschlagung möglich, und wenn er dennoch das eine oder das andere tut, so ist das ein völlig nichtiger Akt.

Diese Auffassung des Willensmomentes als eines Erfordernisses, das logisch aus dem Willensmomente zu folgen sei, tritt besonders klar hervor bei Hunger:[15]

> Wenn der Erbe seinen Willen Erbe zu werden kund tun muss, so folgt daraus nicht nur, dass die Erbschaft überhaupt deferiert, sondern auch, dass er Kenntnis von dieser Delation haben müsse.

Es erscheint als angebracht auch andererseits zu verfolgen, welche Auffassung von dem Wesen und Charakter des Irrtums beim Erschaftsantritt sich in der Irrtumsliteratur findet.

Dabei kommen nur die Rechtslehrer in betracht, welche den Irrtum nicht nur, wie das zumeist geschieht, in seiner Wirkung auf Rechtsgeschäfte betrachten, sondern sich mit der Systematik und Behandlung seiner gesamten

14) Vangerow, Bd. 2 S. 334.
15) Hunger, S. 448.

privatrechtlichen Wirksamkeit befassen. Es sind dies Savigny, Hesse, Zitelmann und Voigt.

Die Auffassung des ersteren haben wir schon kennen gelernt. Er rechnet den Irrtum beim Erbschaftserwerbe zu den Fällen seines „echten" Irrtums. Der Irrtum wirkt hier also in seiner Eigenschaft als error, er hat positive Funktion und beeinflusst die Rechtsfolgen, die die Antrittserklärung an und für sich — vorausgesetzt natürlich, dass eine gültige Willenserklärung vorliegt — haben würde, dergestalt, dass die ohne den Irrtum eintretende Rechtsveränderung schlechthin unterbleibt.

Nach der Auffassung jedoch, die wir oben als die richtige erkannt haben, wirkt der Irrtum hier nicht von seiner positiven Seite, sondern von seiner negativen. Man wird deshalb diesen Irrtum zu den Fällen des „unechten" zu rechnen haben, wie das auch in richtiger Erkenntnis der hier wirkenden Funktion des Irrtums, von Hesse geschieht.

Zugleich formulierte dieser Schriftsteller[16] und darin besteht der Fortschritt, der in seiner Abhandlung: „Eine Revision der Lehre vom Irrtum" liegt — die Fälle des Irrtums, den Savigny den „unechten" nannte, richtiger dahin, dass der Irrtum hier nur wirkt als Negation der scientia. Diese Erkenntnis ermöglichte es ihm, die Scheidung zwischen „echtem" und „unechtem" Irrtum auch für die Fälle durchzuführen, wo der Irrtum der Beziehung zum Rechtsgeschäft entbehrt, was, wie hervorgehoben, schon Savigny anstrebte, ohne jedoch damit

16) Hesse XV. S. 86, S. 70.

zu erreichen, dass die, welche ihm folgten, diese Scheidung konsequent durchführten. In den Pandektenlehrbüchern findet sie sich meist auf die Fälle beschränkt, in denen der Irrtum in innerer Beziehung zum Rechtsgeschäft steht. Was aber Hesse nicht gelang, war, auch für den „echten" Irrtum die entsprechende Formulierung zu finden, nämlich, der Irrtum hat hier positive Wirkung; er ist selbst Tatbestandsmoment. Hesse definiert ihn als einen Irrtum, der „blos eine Ausnahme von einer Rechtsregel oder eine Abweichung von derselben herbeiführt." Ferner ist es ihm nicht gelungen, innerhalb dieser beiden Gruppen die psychologische Scheidung zur Geltung zu bringen: zwischen der scientia als Tatbestandsmoment in innerer Beziehung zum Rechtsgeschäft und der scientia als „isoliertem" Tatbestandsmoment und entsprechend für den „echten" Irrtum.

Dies blieb Zitelmann [17] vorbehalten, der demnach in seiner „Systematik der Lehre vom Irrtum", im vierten Kapitel des ersten Abschnittes seines Werkes „Irrtum und Rechtsgeschäft", den Irrtum in zwei Gruppen scheidet, I. in die Gruppe: scientia als Tatbestandsmoment und II. in die Gruppe: error als Tatbestandsmoment. In der einen Gruppe hat der Irrtum negative, in der anderen positive Funktionen. Innerhalb beider Gruppen macht er wieder den Unterschied a) scientia (bezw. error) in psychologischer Beziehung zum Willen, b) scientia (error) als „isoliertes" Tatbestandsmoment. Der Irrtum beim Erbschaftsantritt, den Zitelmann nicht näher behandelt, findet demnach Platz in der

17) Zitelmann, S. 354.

Gruppe Ib. als Negation des „isolierten“ Tatbestandsmomentes der scientia.

Ganz abseits von dieser Richtung steht Voigt.[18] In seiner Abhandlung „Die Theorie von der juristischen Relevanz von error und ignorantia“ gibt er folgende Einteilung:

I. Irrtum in der Verlautbarung des Willens bei einem Rechtsakte.
II. Irrtum in den den Willen kausal bestimmenden psysologischen Momenten einer juristischen Handlung.
III. Irrtum in den den Willen kausal bestimmenden juristischen Momeuten eines Rechtsgeschäfts (Irrtum in der causa).
IV. Irrtum in der Willensbestimmung, welche den subjektiven Tatbestand einer juristischen Handlung bildet.

Die Irrtumsfälle beim Erbschaftserwerb, teilt er[19] der Gruppe III zu unter dem Namen „error in der causa der Rechtsgeschäfte, welche Erwerb oder Ausschlagung eines Successionsrechtes vermitteln.“ Unter causa dieser Rechtsgeschäfte versteht er den Delationstitel oder Delationsgrund, welcher den Anspruch auf den Erwerb eines solchen Successionsrechtes gewährt. Diesen error in der causa teilt er ein, in error, der die Existenz und error der die Legalität der causa betrifft. Der erstere kann wieder verschieden gestaltet sein, je nachdem der Erbe die wirkliche causa als nicht

18) Voigt, Bd. 53 S. 404/405.
19) Voigt, Bd. 54 S. 37.

existent oder die nicht existente causa als wirklich setzt, oder insbesondere dieser Fall ist der des Irrtums über den Delationsgrund — an Stelle der wirklichen causa eine andere sich vorstellt, also meint, er erbe ab intestato, während ihm ex testamento deferiert ist. In seiner weiteren Erörterung bezeichnet er als Grund der Nichtigkeit der in einem solchen Irrtum vorgenommenen Adition oder Repudiation, dass jene Geschäfte eine vera et certa scientia erfordern.

Windscheid[20] endlich stellt diese Irrtumsfälle in den § 79 seiner Pandekten, in der er von den Wirkungen des Irrtums ohne Beziehung auf Rechtsgeschäfte spricht und sagt von ihm:

> Die Abwesenheit des Irrtums wird durch besondere R-bestimmung gefordert, damit eine Tatsache, die ihr an und für sich zukommende rechtliche Wirkung entfalten könne.

Auf die Ansicht Römers wurde schon hingewiesen.

A. I. 2. Die Beschaffenheit des Irrtums über den Berufungsgrund nach gemeinem Recht.

§ 6.

Die Frage, ob der Irrtum über den Delationsgrund entschuldbar sein müsse, um rechtlich wirksam zu sein, scheint aus dem oben entwickelten Prinzip von dem Charakter des Irrtums beim Erbschaftsantritt sich von

20) Windscheid S. 79 Anm. 5.

selbst zu beantworten. Wo nämlich, wie hier, der Irrtum nur von seiner negativen Seite in Betracht kommt, indem er zeigt, dass der vom Rechte geforderte Tatbestand nicht vorhanden ist, kann die Art seiner Entstehung offenbar nicht in Betracht kommen. Begrifflich kann die Rechtsfolge niemals eintreten, wenn ein Irrtum vorhanden ist, mag dieser auch noch so wenig entschuldbar sein, denn, auch wenn er durch grobe Fahrlässigkeit entstanden ist, liegt doch immer ein Fehlen des gesetzlichen Tatbestandes vor.

Gleichwohl erweist sich diese begriffliche Folgerung nicht als zuverlässig, also auch die Regel, die man — wie auch Hesse dies tut — auf Grund dieser Folgerung aufzustellen geneigt ist, nicht als vollkommen brauchbar. Denn das Recht ist keineswegs gehindert, gleichwohl zu bestimmen, dass die Rechtsfolge nur bei entschuldbarem Irrtum nicht eintreten soll. Der technische Weg dazu ist, wie Zitelmann[1] lehrt, der, dass

> das Recht einen alternativen Tatbestand aufstellt, sodass der Rechtssatz dann lautet: wenn die Voraussetzungen a, b, c und d (scientia) vorliegen, tritt die Rechtsfolge f ein, wenn die Voraussetzungen a, b, c und e (unentschuldbarer Irrtum) vorliegen, tritt die Rechtsfolge f ebenfalls ein.

Zitelmann erwähnt, dass auch in der Natur zu beobachten sei, wie die gleiche Wirkung aus verschiedenen Ursachen entstände.

Deshalb bedarf die Regel, dass überall da, wo der Irrtum negative Funktion hat, die Art seiner Entstehung

1) Zitelmann, S. 348.

nicht in Betracht komme, einer Einschränkung dahin, dass dies nur „im Zweifel“ d. h. in Ermangelung einer besonderen positiven Rechtsvorschrift zu gelten hat.

In dem uns interessierenden Falle des Irrtums, nämlich dem des Irrtums über den Grund der Berufung zum Erben, fehlt es aber an einer solchen besonderen Vorschrift. Nicht nur ist in dem hier in Betracht kommenden Quellentitel de acquirenda vel omittenda hereditate nirgends eine Andeutung davon enthalten, dass Entschuldbarkeit des Irrtum gefordert werde, sondern es ist dies auch mit der Ausdrucksweise der Quellen schlechterdings nicht vereinbar. Diese reden von certus esse debet, scrire debet, oportet eum scire, dubitare, von einer certa et vera scientia und legen stets Ausdruck auf das scire, indem sie da und nur da, wo dies scire vorliegt, eine Rechtswirkung eintreten lassen. Während sie in den Fällen des „echten“ Irrtums niemals vergessen, das Erfordernis der Entschuldbarkeit besonders hervorzuheben, indem sie von einem tolerabilis oder probabilis error sprechen, das heisst einem Irrtum, der durch besondere Umstände gerechtfertigt ist, wissen sie nichts davon, dass die Gültigkeit oder Ungültigkeit der Adition durch die Entschuldbarkeit oder Unentschuldbarkeit des zu Grunde liegenden Irrtums bedingt wäre.[2]

Gleichwohl will Voigt[3] diesem Irrtum Relevanz nur zugestehen, wenn er tolerabilis sei, und beruft sich dabei auf die l. 3 des Titel 22,6 der Digesten: de juris et facti ignorantia. Diese lautet:

2) Windscheid, P. I S 79a Anm. 1a.
3) Voigt, Bd. 54 S. 38.

Pomponius libro tertio ad Sabinum.

pr. Plurimum interest, ultrum quis de alterius causa et facto non sciret, au de suo jure ignoret.

§ 1 Sed Cassius ignorantiam Sabinum ita accipiendam existimasse refert: non deperditi et nimium securi hominis.

In Betracht kommt vor allem der § 1. Ob hier unter ignorantia die ignorantia juris oder facti zu verstehen ist, ist nicht gesagt. Die Basiliken, welche nur den § 1 des Fragmentes aufgenommen haben, sprechen von:

τὴν τοῦ φάκτου ἄγνοιαν, τοῦ ἀπολλυμένου, καὶ τοῦ λίαν ἀμελοῦς, οὐ προσδεχόμεθα.

Daher nimmt man an, dass der § 1 blos auf den faktischen Irrtum zu beziehen ist. Pomponius weist in ihm ganz allgemein darauf hin, dass Sabinus unter „ignorantia“ das Nichtwissen eines nicht ganz und gar nachlässigen und allzu herzlosen Menschen verstanden habe.

Diese Stelle will nun Voigt auf den Irrtum bei der Antretung und Ausschlagung einer Erbschaft beziehen und daraus folgern, dass dieser Irrtum, um rechtlich wirksam zu sein, entschuldbar sein müsse. Er stützt sich auf das „de suo jure ignorare“. Unter diesem suum jus will er das „eigene durch die Delation begründete Recht verstehen“ und ist der Ansichtt dass die römischen Juristen unter diesem „error de suo jure“ die Irrtumsfälle beim Erbschaftsantrit zusammenfassten.

Voigt beruft sich auf Glück,[4] der ebenfalls zu der Ansicht kommt, dass diese Stelle auf die aditio einer hereditas zu beziehen sei, da, wie aus den in die Digesten daraus excerpierten Stellen hervorgeht, Pomponius in dem dritten Buche seines Kommentars ad Sabinum von der Erwerbung einer Erbschaft handelt und sich auch in einem ebenfalls aus diesem Buche entlehnten Fragmente, nämlich der l. 23 D. 29,2

in repudianda hereditate certus esse debet de suo jure is, qui repudiat

desselben Ausdrucks bedient.

Aber gerade dieses certus esse debet der l. 23 zeigt doch, dass die Quellen, wie auch oben ausführlicher begründet ist, dem Zweifel dieselbe Wirkung beilegen, wie dem Irrtum. Ein certus esse ist nicht vorhanden, wenn der Erbe incertus est, was gleichbedeutend ist mit dubitat. Der Zweifel aber kann doch keineswegs entschuldbar sein,[5] denn er rechtfertigt nicht, dass man, ohne sich über den wahren Verhalt zu erkundigen, Handlungen vornimmt, die Pflichten auferlegen, sondern bietet im Gegenteil für einen „nicht liderlichen und nicht allzu sorglosen" Menschen Veranlassung rem diligenter inquirere. Wenn also schon der Zweifel die Adition ungültig macht, so ist nicht einzusehen, weshalb nicht auch der Irrtum, auch wenn er nicht entschuldbar ist, diese Wirkung haben soll.

Daher will Hesse[6] diese Stelle nicht auf den Irrtum bei der Antretung oder Ausschlagung einer

4) Glück, Bd. 22 S. 284 fg.
5) Hesse XV. S. 239
6) Hesse XV. 117/118.

Erbschaft bezogen wissen, und führt den Beweis, dass sich das ignorare des § 1 l. 3 nur auf die bonorum possessio beziehen könne. Zu diesem Ergebnis kommt er auf Grund folgender Erwägungen:

Die l. 1 spricht von der bonorum possessio und dem beim Ansuchen derselben in Betracht kommenden Irrtum und scheidet unter näherer Erläuterung derselben zwischen faktischen Irrtum und Rechtsirrtum. Diesen Unterschied sucht die l. 2 näher zu motivieren und steht offenbar in innerem Zusammenhang mit l. 1. Dass dies auch von der l. 3 gelte, ergebe eine Vergleichung der Worte der l. 1:

nesciat autem ei tempus praeteriisse bonorum possessionis — und

quod si nesciat, tabulas esse —

einerseits, andererseits der Gegensätze und des Resultates:

in jure errat

mit dem Wortlaute der l. 3 pr.

utrum — non sciret, an de suo jure ignoret

daher könne auch der § 1 der l. 3 wohl nur auf die bonorum possessio bezogen werden.

Diese Stelle, die entschuldbare ignorantia fordert, auf die bonorum possessio zu beziehen, würde auch der Funktion, die der Irrtum hier ausübt, nicht widersprechen. Denn da der Irrtum hier die Negation der als Anfangspunkt der Ansuchungsfrist der b. possessio in Betracht kommenden scientia bildet, so würde der Regel nach Entschuldbarkeit des Irrtums nicht erforderlich sein können. Um diese doch zu erfordern, bedurfte es einer besonderen Vorschrift.

Man mag den Beweis Hesse's für geführt erachten oder nicht, das jedenfalls lässt sich nicht leugnen, dass, da die Stelle nicht ausdrücklich spricht, welche Fälle der ignorantia sie meint, es nicht, wie Voigt annehmen möchte, so ohne Zweifel feststeht, dass diese l. 3 nun grade auf die Adition und Repudiation einer Erbschaft zu beziehen ist. In Anbetracht des Umstandes, dass die Quellen dem Zweifel dieselbe Wirkung beilegen und in dem diese Materie vor allem behandelnden Titel 29,2 nirgends von dem Erfordernis der Entschuldbarkeit die Rede ist, ferner in Anbetracht der Erkenntnis, dass der negativen Funktion des Irrtums gegenüber die Art seiner Entstehung nur in Betracht kommen kann, wenn dies ausdrücklich durch positive Vorschrift gefordert wird, kann es sich hier höchstens um einen Vereinigungsversuch handeln, und einen solchen zu geben ist offenbar auch nur die Absicht Hesse's gewesen. Eine allgemeine Anwendung verträgt diese Stelle nicht, darüber herrscht kein Zweifel. Und wenn es auch wahrscheinlicher zu sein scheint, was Voigt und Glück behaupten, so handelt es sich doch auch hier nur um eine Vermutung, die freilich zwingendere Gründe für sich hat als die Hesse's, die aber gleichwohl noch nicht begründet genug ist, um eine Abweichung von der Regel statuieren zu können, die nur eine positive Vorschrift begründen kann.

§ 7.

Dieselben Erwägungen müssen auch für die Frage, ob Rechtsirrtum oder blos Tatsachenirrtum rechtlich wirksam ist, von Wert sein.

Auch hier lassen sich wieder die beiden Argumente anführen, dass nämlich erstens die Beschaffenheit des Irrtums d. h. ob error facti oder error juris, der Regel nach nicht in Betracht kommen kann, wo der Irrtum das Fehlen des gesetzlichen Tatbestandes bewirkt und dass es zweitens mit der Ausdrucksweise der Quellen, die eine vera et certa scientia, ein certus esse debet de suo jure, erfordern und dem Zweifel dieselben Wirkungen beilegen wie dem Irrtum, nicht in Einklang stehen würde, wenn man dem Rechtsirrtum eine solche Wirkung nicht beilegen wollte. Hinzu kommt ferner auch hier der Umstand, dass der Titel 29,2 keine dahingehende Vorschrift enthält.

Doch findet sich auch bezüglich des Rechtsirrtums die entgegengesetzte Ansicht bei Savigny[7] und Voigt[8] vertreten, die sich beide auf die c. 2 des Kodextitels de juris et facti ignorantia stützen:

> cum ignorantia juris excusari facile non possis, si major annis hereditati matris tuae renuntiasti, sera prece subveniri tibi desideras.

Aus dieser Stelle geht indes nicht hervor, worauf sich der Rechtsirrtum des Erben bezog, von dem die Rede ist. Sie besagt lediglich, dass die Unkenntnis des Gesetzes dem Erben, der bereits grossjährig die mütterliche Erbschaft ausgeschlagen hat, nicht leicht zur Entschuldigung dienen und ihm daher die nachgesuchte Hülfe nicht gewährt werden kann. Warum sich diese ignorantia juris unter allen denkbaren Fällen nun gerade auf die Delation beziehen soll, ist nicht

7) Savigny, S. 382.
8) Voigt, Bd. 54 S. 38 ff.

einzusehen[9] und weder Voigt noch Savigny geben Anhaltspunkte für ihre Ansicht. Letzterer äussert sich nur dahin:

> Auch hier (nämlich beim Irrtum über den Delationsgrund) wird die gewöhnliche Beschränkung hinzugefügt, dass der Rechtsirrtum eine solche Wirkung nicht hervorbringe.

und führt in einer Fussnote ohne weitere Zusätze die C. 2 an.

Dieser Ansicht stehen jedoch — ausser den oben angeführten Argumenten — ausdrückliche Zeugnisse der Quellen gegenüber, die für die Relevanz auch des Rechtsirrtums sprechen in l. 15 und l. 17 D. 29,2 l. 15 lautet:

> is qui putat se necessarium, cum sit voluntarius, non poterit repudiare.

l. 17 sagt:

> nec is, qui non valere testamentum aut falsum esse putat, repudiare potest.

Es ist wohl nicht zu bestreiten, dass der Wortlaut beider Stellen den Fall des Rechtsirrtums mit umfasst, namentlich der der zweiten, denn wenn jemand ein Testament für ungültig hält, so wird dieser Irrtum nicht selten auf der Nichtkenntnis von der Bedeutung

9) Auch Römer (S 81) bezweifelt, dass diese Stelle sich auf den Irrtum über den Delationsgrund beziehe. Er weist darauf hin, dass bei der Ungiltigkeit der Erwerbung wegen Irrtums das Wissen oder Nichtwissen das Entscheidende sei, dessen Ursache daher nicht in Betracht komme. Auch führt er an, dass die Stellen, welche von dem Irrtum über den Grund der Berufung sprechen, nichts zur Unterstützung von Savignys Ansicht enthielten.

der Rechtssätze beruhen, die die Formvorschriften und dergleichen betreffen. Auch die oben erörterte C. 4 desselben Titels kommt hier in Betracht, die bestimmt, dass Rechtsirrtum in Ansehung der Gültigkeit eines Testaments dem Irrenden nicht schaden soll. Das schon mehrfach erwähnte certus esse debet de suo jure gehört ebenfalls hierher.

Jedenfalls sind Savigny und Voigt den Beweis schuldig geblieben, dass sich der in dieser Stelle enthaltene Rechtsirrtum nun gerade auf die Delation bezieht: die Stelle enthält keine Angabe des Rechtsfalles, und es lassen sich auch andere Fälle denken, auf die sie ebenso gut bezogen werden kann, wie zum Beispiel auf den Fall,[10] dass der Sohn die mit Legaten überbürdete Erbschaft seiner Mutter ausschlug, weil er nichts von seinem Rechte des Abzugs der quarta Falcidia wusste, oder dass er die Erbschaft in Unkenntnis des beneficium deliberandi reduzierte.

Solange kein genügender Grund dazu vorliegt, diese Stelle gerade auf die Delation zu beziehen, geht es nicht an, wegen der Möglichkeit, sie hierauf zu beziehen, eine Ausnahme von der Regel anzunehmen, deren Richtigkeit anderweitig erkannt ist und die nur eine ausdrückliche, positive Vorschrift zu durchbrechen vermag. Vielmehr müssen wir diese Stelle, da dies sehr gut möglich ist, einschränkend interpretieren und sie auf die Fälle beschränken, wo ihrer Anwendung keine Hindernisse entgegenstehen.

---

10) Hesse, Bd. 57 S. 211.

Im Übrigen gilt von dieser wie auch von anderen Stellen desselben Titels, was Savigny l. c. S. 347 sagt:

> Hätten wir seine Stellen in ihrem ursprünglichnen Zusammenhange vor uns, so würde ohne Zweifel aus ihrer Umgebung klar werden, in welcher beschränkten Beziehung jene Sätze aufgestellt worden sind.

Wahrscheinlich haben wir in ihnen, da sie jeder Beziehung auf den konkreten Sachverhalt entbehren, nur Bruchstücke, d. h. verstümmelte Reskripte zu sehen, die daher eine allgemeine Geltung nicht beanspruchen dürfen.

Auf dem hier vertretenen Standpunkte steht auch Römer,[12] der sich dahin ausspricht, dass die Beschaffenheit des Irrtums gleichgültig ist in den Fällen, wo lediglich durch die Tatsache des Wissens der Eintritt einer gewissen Rechtsfolge bedingt sei.

Diese Ansicht teilen Windscheid[13] und auf grund seiner Theorie auch Köppen.[14]

A. II. 1. Das Wesen des Irrtums über den Grund der Berufung nach dem Rechte des BGB.

§ 8.

Das BGB. hat das Prinzip des älteren deutschen Rechtes, das das gemeine römische Recht nur hinsicht-

11) Hesse, Bd. XV S. 247
12) Römer, S. 10.
13) Windscheid, P. Bd. 1 S. 349, Note 1.
14) Köppen, Bd. V S. 146.

lich der heredes sui kannte, einheitlich durchgeführt. Entsprechend dem alten deutschen Rechtssatze „der Tote erbt den Lebendigen“ geht die Erbschaft, sobald der Tod des Erblassers, der Erbfall, eingetreten ist und die sonstigen Tatsachen der Berufung zur Erbschaft vorliegen, unmittelbar kraft Gesetzes auf den Erben über, ohne dass es einer Willenserklärung bedarf. Jedoch vollzieht sich der „Anfall der Erbschaft“ an den „berufenen“ Erben unbeschadet des Rechtes sie auszuschlagen. Dies besagt der § 1942 BGB.

Dieses Recht, die Erbschaft auszuschlagen, ebenso wie das Recht, sie anzunehmen, entsteht mit dem Erbfalle, wie aus § 1946 hervorgeht. Dem Erben wird dadurch die Möglichkeit gegeben sich zu entscheiden, ob er die Erbschaft behalten will oder nicht. Die Ausschlagungserklärung ist formalisiert, die Annahme nicht. Sie kann daher auch durch pro herede gestio erfolgen. Die Annahme hat nach § 1943 zur Folge, dass der Erbe die Erbschaft nicht mehr ausschlagen kann. Die gleiche Wirkung wie die Annahme hat das Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist, die nach § 1944 mit dem Zeitpunkte der Kenntnis der Erben von dem Anfalle und dem Grunde der Berufung zu laufen beginnt. Die Wirkung der Ausschlagung ist die Aufhebung des geschehenen Anfalls der Erbschaft, dergestalt, als sei der Erbe nie Erbe gewesen. Die Annahme macht den Erwerb zu einem endgültigen.

Da § 1946 bestimmt, dass der Erbe die Erbschaft ausschlagen oder annehmen kann, sobald der Erbfall eingetreten ist, so braucht der Erbe nicht etwa den Beginn der Ausschlagungsfrist abzuwarten, sondern

kann schon vorher ausschlagen. Auch eine sichere Kenntnis von dem Erbfalle darf nicht vorausgesetzt werden.[1]

Auch auf das blosse Gerücht hin kann die Erklärung wirksam erfolgen, sofern nur eine wirksame Berufung vorliegt.

Anderer Meinung ist Silverberg,[2] der die Kenntnis des Erben vom Erbfalle und der Berufung als erforderlich für die Ausübung des Annahme bezw. des Ausschlagerechtes bezeichnet.

Das Gesetz bietet jedoch für eine solche Auffassung keinen Anhalt. Der § 1946 bezeichnet als Voraussetzung der Ausübung des Annahmerechtes lediglich den Erbfall selbst, von einem subjektiven Erfordernis in der Person des Erben ist nicht die Rede. Es ist eine Annahmeerklärung nicht deswegen für ungültig zu halten, weil sie der Erbe, der von dem Tode des Erblassers durch „Hörensagen" erfährt und vermutet, zum Erben eingesetzt zu sein, abgibt, ohne wirklich „Kenntnis" von seiner Berufung zu haben. Trifft diese Vermutung des Erben wirklich zu, so ist seine Annahmeerklärung für gültig zu halten, obwohl er sie ohne positive Kenntnis von seiner Berufung abgegeben hat; denn die Voraussetzung des § 1946, Eintritt des Erbfalls, war im Augenblick der Abgabe vorhanden.

Das BGB. weicht eben in dieser Beziehung vom gemeinen Rechte und auch vom ersten Entwurfe ab. Der § 2033 des E. I. liess die Ausschlagung oder Annahme einer Erbschaft nicht vor Beginn der Aus-

1) Planck-Ritgen, zu Erl. § 1946, ebenso Wilke, S. 22 Erl. 1 zu § 1946.

2) Silverberg, S. 25.

schlagungsfrist zu, und da diese, wie auch nach BGB., erst mit der Kenntnis des Erben von Anfall und Berufungsgrund zu laufen beginnt, so erforderte der E. I. mithin wie das gemeine Recht nicht nur das objektive Vorliegen der Berufung, sondern auch die genaue Kenntnis des Erben von der Berufung und dem Berufungsgrunde, sodass also das Recht nur, wenn diese beiden Tatbestandsmomente vorhanden waren, an die Erklärung, die Erbschaft annehmen zu wollen, die Rechtsfolge des Erwerbes der Erbschaft knüpfte. Mithin hatte ein Irrtum über den Berufungsgrund, weil er das Nichlvorhandensein des Tatbestandes bewirkte, die Ungültigkeit einer in einem solchen Irrtum vorgenommenen Annahme oder Ausschlagung zur Folge.

Die zweite Kommission glaubte aus praktischen Gründen an diesen Rechtssätzen des gemeinen Rechtes nicht festhalten zu dürfen. Es wurde in ihrer Mitte geltend gemacht, dass in der Mehrzahl der Fälle diese Regelung des E. I. als unnötige Bevormundung erscheine. Und in der Tat hat sie auch ihre Nachteile: Nicht nur, dass der Erbe leicht zu Schaden kommen kann, wenn er die nach dem Tode des Erblassers in Unkenntnis des Berufungsgrundes erklärte Ausschlagung zu wiederholen unterlässt, sondern es ist auch misslich, nachträglich Streit darüber zuzulassen, ob der Erbe bei der Abgabe seiner Erklärung die erforderliche Kenntnis hatte oder nicht. Daher wurde in richtiger Würdigung dieser Nachteile der § 2033 in das Gesetzbuch nicht aufgenommen, vielmehr in § 1946 bestimmt, dass die

3) Wilke, Erl. 1 zu § 1946

Annahme und Ausschlagung erklärt werden können, sobald der Erbfall eingetreten ist.

Infolge davon aber machte sich die Frage geltend, welche Wirkungen der Irrtum über den Berufungsgrund auf die Annahme oder Ausschlagungserklärung nach allgemeinen Grundsätzen ausübt. Die Beantwortung dieser Frage hängt von der Auffassung des Wesens des Irrtums ab.

Fasst man ihn als Irrtum über den Inhalt der Erklärung nach BGB. § 119 auf, so würde die Annahmeerklärung anfechtbar sein. Wie wir aber schon in dem gemeinrechtlichen Teile der vorliegenden Erörterung Gelegenheit hatten zu untersuchen, wird man sich eher für einen Irrtum in den Beweggründen zu entscheiden haben. Zum mindesten kann es zweifelhaft sein,[4] ob man sich der einen oder der anderen Auffassung anschliessen soll. Dies ist auch von den Motiven[5] richtig gewürdigt worden, die aus diesem Grunde die Regelung des gemeinen Rechtes für angebrachter und zweckmässiger hielten. Die Motive entscheiden sich für das Vorliegen eines Irrtums in den Beweggründen, und wohl im Anschluss an sie ist die Ansicht auch überwiegend in der Literatur vertreten.[6] Ausser Endemann, der einen besonderen Standpunkt vertritt, ist nur Planck-Ritgen[7] der anderen Meinung und will sich „unter Umständen" für einen Irrtum über den

4) So auch Strohal, S. 307, Note 28.

5) Bd. V, S. 504.

6) So Neumann, Wilke, Kuhlenbeck, Strohal, Frommhold, Böhm, Kipp in Windscheld.

7) Planck-R., Erl. 1 § 1949.

Inhalt der Erklärung entscheiden. Die Ansicht der Motive wurde überwiegend auch in der zweiten Kommission[8] vertreten, die sich ebenfalls gegen die rechtliche Wirksamkeit eines solchen Irrtums als eines Irrtums im Beweggrunde aussprach. Die zweite Kommission hielt es nicht für angebracht, den Erben für einen solchen Fall auf die Anfechtung wegen Irrtums zu verweisen,[9] und die Gültigkeit der Annahmeerklärung mithin von der Auffassung der Natur des Irrtums abhängen zu lassen, sondern war der Ansicht, dass dem Erben durch positive Vorschriften „zu Hülfe zu kommen" sei. Aus diesen Erwägungen wurde der § 1949 des BGB. geboren, welcher lautet:

> Die Annahme gilt als nicht erfolgt, wenn der Erbe über den Berufungsgrund im Irrtum war.
>
> Die Ausschlagung erstreckt sich im Zweifel auf alle Berufungsgründe, die dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannt sind.

Bevor auf die nähere Betrachtung dieses Paragraphen eingegangen werden kann, ist die Frage zu erörtern: Was versteht das BGB. unter Berufungsgrund? Mit der Beantwortung dieser Frage erledigt sich zugleich die andere: Wann befindet sich der Erbe in einem Irrtum über den Berufungsgrund? Der E. I. enthielt im § 2037, Abs. 1, Satz 2 eine Auslegungsregel, welche lautete:

> Als verschiedene Berufungsgründe gelten Erbeinsetzungsvertrag, letztwillige Verfügung und Gesetz.

8) Prot. Bd V, S. 624—626.
9) Prot. Bd. V. S. 626.

Der Entwurf I kennt also drei verschiedene Berufungsgründe nämlich

1. unwiderruflicher Wille des Erblassers,
2. widerruflicher Wille des Erblassers,
3. das Gesetz.[10]

Das BGB. enthält eine solche Auslegungsregel nicht. Ihre Aufnahme war in der zweiten Kommission beantragt, wurde jedoch abgelehnt.[11] Das beweisst aber noch nicht, wie Silverberg[12] meint, dass das BGB. auf einem anderen Standpunkte stehe als wie der erste Entwurf. Mit derselben Wahrscheinlichkeit lässt sich mit Planck-Ritgen[13] aus dieser Tatsache in Verbindung mit der, dass diese Vorschläge allgemeine Billigung fanden, schliessen, dass die zweite Kommision nicht vom ersten Entwurf hat abweichen wollen, wenn sie diese Auslegungsregel nicht ins BGB. aufnahm. Diese Tatsachen können also weder für die eine noch für die andere Ansicht etwas beweisen.

Das BGB. spricht von „Berufungsgrund" in den §§ 1944, 1948, 1949, 1951 und anderen, die hier nicht weiter in Betracht kommen. Aus den §§ 1944 und 1949 lässt sich nichts für die Auffassung des Gesetzes entnehmen. Wichtig dagegen sind die §§ 1948 und 1951.

In § 1948 Abs. 1 setzt das BGB. die Verfügung von Todeswegen dem Gesetze als Berufungsgrund gegenüber. Im Abs. 2 desselben Paragraphen spricht

10) Auch die Motive heben diese Auffassung ausdrücklich hervor. S. 510 Bd V.

11) Prot. Bd. V. S. 627.

12) Silverberg, S. 16.

13) Erl. 2 zu § 1951 am Ende.

es von dem Testament als „dem einen Berufungsgrunde“ und vom Erbvertrag als dem „anderen Berufungsgrunde“. § 1951 Abs. 2 S. 2 lautet:

> Die Berufung beruht auf demselben Grunde auch dann, wenn sie in verschiedenen Testamenten oder vertragsmässig in verschiedenen zwischen denselben Personen geschlossenen Erbverträgen angeordnet ist.

Daraus ist mit der herschenden Meinung zu folgern, dass das BGB. drei Berufungsgründe kennt: Gesetz, Testament und Erbvertrag. Mehrere Testamente gelten als derselbe Berufungsgrund, ebenso ist bei mehreren Erbverträgen unter derselben Person Einheit des Berufungsgrundes anzunehmen. Die Tatbestände dagegen, an die das Gesetz die Berufung knüpft z. B. Ehe, Verwandtschaft sind keine Berufungsgründe für sich. Es liegt mithin bei mehrfacher gesetzlicher Berufung z. B. als Verwandter und als Ehegatte, Einheit des Berufungsgrundes vor. Das letztere ist jedoch nicht unbestritten. Die entgegengesetzte Ansicht wird von Fischer-Henle,[15] Herzfelder und Kipp vertreten.

Für unsere Materie folgt daraus: Der Erbe befindet sich z. B. in einem Irrtum über den Berufungsgrund, wenn er glaubt, Intestaterbe zu sein, während er Testaments- oder Vertragserbe ist, oder wenn er glaubt Testamentserbe zu sein, während er in Wahrheit

14) So Planck, S. 47; Neumann, S. 1092; Matthiass, S. 535; Kuhlenbeck, S. 213; Kipp, Bd. 3 S. 440; Borcherdt, S. 97 Dagegen nur: Silverberg, S. 20.

15) Fischer-Henle, Anm. 1 zu § 1951; Herzfelder, S. 75 und 76; Kipp, S. 441.

Vertragserbe ist und umgekehrt. Dagegen liegt ein solcher Irrtum nicht vor, wenn er meint als Verwandter der dritten Ordnung berufen zu sein, während er in Wirklichkeit in der zweiten Ordnung berufen ist. Hier kennt er seinen Berufungsgrund. Dasselbe ist der Fall, wenn der Erbe aus einem Testament berufen zu sein meint, das durch ein späteres aufgehoben ist. (§ 2258 BGB.). Auch hier kennt er seinen Berufungsgrund: Testament. Daher findet in diesem Falle der § 1949 keine Anwendung.[16]

In dieser Beziehung findet sich bei Borcherdt[17] folgende Ausführung:

> War der Erbe bei der Annahme über den Berufungsgrund im Irrtum, so gilt die Annahme als nicht erfolgt. Sie ist daher (!) z. B. dann unwirksam, wenn sie auf Grund einer Verfügung von Todeswegen erfolgte, welche sich später als nichtig herausstellte.

Es bedarf wohl kaum der Erwähnung, dass in diesem Falle die Unwirksamkeit der Annahmeerklärung ihren Grund darin hat, dass überhaupt keine Berufung vorlag. Von einem Irrtum über den Berufungsgrund kann in dem Beispiel nur die Rede sein, wenn der eingesetzte Erbe in Ermanglung einer Verfügung von Todeswegen ab intestato geerbt haben würde, und das wird auch wohl von dem Verfasser stillschweigend vorausgesetzt worden sein. Diese Voraussetzung aber hätte doch wohl ausgesprochen werden müssen.

16) Anders würde, wie wir gesehen haben, dieser Fall nach gemeinem Rechte zu beurteilen sein. Die Adition ist nichtig!

17) S. 112.

§ 9.

Der Abs. 1 des § 1949 besagt also, dass die Annahme als nicht erfolgt gilt, wenn der Erbe über den Berufungsgrund im Irrtum war. Es scheiden bei der Betrachtung zunächst die Fälle aus, wo als Annahme das Verstreichenlassen der Ausschlagungsfrist gilt, denn die Ausschlagungsfrist setzt stets die Kenntnis des Berufungsgrundes voraus Solange der Erbe also im Irrtum über den Berufungsgrund ist, beginnt die Frist nicht zu laufen.

Der Paragraph trifft ferner nur die Fälle, in denen der Erbe eine ganz allgemeine Annahmeerklärung abgibt — dies ist möglich, da die Erklärung nicht Angabe des Berufungsgrundes zu ihrer Gültigkeit erfordert — und gleichwohl einen ganz bestimmten Berufungsgrund im Auge hat, aus dem er Erbe sein will.

Bezieht sich der Erbe dagegen in seiner Erklärung auf einen bestimmten Berufungsgrund, erklärt er zum zum Beispiel: „Ich will die mir angefallene Testamentserbschaft des verstorbenen Herrn X annehmen", so sind ebenso wie nach gemeinem Recht zwei Fälle zu unterscheiden.

Will der Erbe seine Erklärung nicht sowohl gerade ausdrücklich auf den Fall beschränken, dass sein Berufungsgrund Testament ist, sondern geht sein Wille und der Sinn seiner Erklärung vielmehr dahin: „Ich will die mir angefallene Erbschaft des verstorbenen Herrn X annehmen" und bedeutet die Hinzufügung des Wortes „Testaments" nicht anderes als die Beilegung eines Prädikates, so liegt in Wirk-

lichkeit eine allgemeine und unbeschränkte Annahmeerklärung vor. Trifft der angegebene Grund zu, so ist die Erklärung wirksam. Trifft der angegebene Grund nicht zu, so beweist die beiläufige Angabe des Berufungsgrundes den Irrtum des Erben, und es findet auf diesen Fall der Abs. 1 des § 1949 Anwendung.

Anders dagegen, wenn sich aus den näheren Umständen ergibt, dass das Wort „Testaments" eine bewusste Beschränkung des Willens, die Erbschaft anzunehmen, enthalten soll, der Erbe also mit seinen Worten den Sinn verbunden wissen will: „Ich will die mir angefallene Erbschaft nur annehmen, wenn mein Berufungsgrund Testament ist". Hier liegt nicht der Wille des Erben vor, die Erbschaft anzunehmen, also definitiv Erbe zu werden, sondern ein ganz anders geeigenschafteter Wille, nämlich ein Wille, dessen beabsichtigter Rechtserfolg „definitiver Erwerb der Erbschaft" nach seinem Inhalt nur eintreten soll beim Vorhandensein des subjektiven ungewissen Umstandes: testamentarische Berufung. Die Unwirksamkeit einer solchen Annahmeerklärung hat ihren Grund nicht etwa in dem Irrtum des Erben über den Berufungsgrund, der, falls die angegebene Berufung nicht zutreffen würde, vorläge, sondern darin, dass das Recht nur der unbedingten Annahmeerklärung rechtliche Wirksamkeit beilegt (§ 1947 BGB.).

Wenn daher Wilke den § 1949 Abs. 1,[1] auf diesen Fall anwenden und die Unwirksamkeit einer solchen Erklärung begründen will mit dem Vorliegen

1) Erl. 1 zu § 1947.

eines Irrtums über den Berufungsgrund, so ist das einmal — wie aus dem bisherigen hervorgeht — nicht genau, dann aber ist das Vorliegen eines solchen Irrtums in diesem Falle eine psychologische Unmöglichkeit, denn Irrtum und Bedingung schliessen, wie Hölder (Pandekten S. 240) hervorhebt, einander aus.

> Das Objekt der Bedingung ist ein Umstand als ein ungewisser, während für den Irrenden das Objekt seines Irrtums ein gewisses ist".

Es ist psychologisch unmöglich, dass ein Erbe, der sich über den Berufungsgrund irrt, diesen irrtümlich angenommenen Berufungsgrund als Bedingung setzt, denn ich kann nicht einen Umstand als Bedingung setzen, an dessen Existenz ich glaube, sondern nur einen solchen, dessen Existenz für mich eine ungewisse ist. Der Irrtum aber ist eine positive — freilich falsche — Gewissheit. Setzt der Erbe also einen Umstand — das Zutreffen des Berufungsgrundes: Testament — als Bedingung, so schliesst das Setzen dieser Bedingung die Annahme aus, dass der Erbe sich in einem Irrtum über diesen Umstand befinden könne.

Die Auffassung der mit Bezug auf einen bestimmten Berufungsgrund erklärten Annahme als einer bedingten, die auch die Motive teilen,[2] entspricht nicht der herrschenden Meinung, die im Anschluss an die Protokolle[3] in einer solchen Erklärung eine „inhaltlich beschränkte" Erklärung sehen will, eine „unbedingte Erklärung für einen bedingten Fall".

2) Motive Bd. V S. 505.
3) Prot. Bd. 5 S. 627.

Auch bei dieser Auffassung aber bleibt es ungenau, die Unwirksamkeit einer solchen Erklärung aus § 1949 Abs. 1 folgern zu wollen,[4] denn es ist eine solche Erklärung, — ebenso wie sie gültig ist, wenn der angegebene Berufungsgrund zutrifft, — wirkungslos, wenn er nicht zutrifft, wegen ihres Inhalts[5] und nicht wegen des Irrtums über den Berufungsgrund. Auch die psychologische Unmöglichkeit bleibt bei dieser Auffassung bestehen:

Ein Erbe, der über seinen Berungsgrund irrt, der z. B. glaubt ex testamento berufen zu sein, während Gesetz sein Berufungsgrund ist, wird niemals eine Erklärung dahin abgeben: „Ich nehme die angefallene Erbschaft an für den Fall der testamentarischen Berufung". Denn die Abgabe einer solchen Erklärung setzt stets voraus und zeigt eben, dass der Erklärende sich in einer Ungewissheit befindet; befände er sich in einer positiven Gewissheit, so würde er eine solche Erklärung nicht abgeben. Der Erbe aber, welcher über den Berufungsgrund irrt, befindet sich in einer solchen positiven Gewissheit. Es kommt ihm garnicht der Gedanke, dass möglicherweise ein anderer Berufungsgrund vorliegen könnte. Eine solche Erklärung mit bezug auf einen bestimmten Berufungsgrund aber zeigt gerade, dass der Erbe auch an die Möglichkeit des Nichtvorliegens dieses Berufungsgrundes denkt. Die Annahme eines Irrtums ist dadurch ausgeschlossen.

Diese Fälle aber werden im gewöhnlichen Leben selten sein. Dagegen pflegt sich der Erbe obwohl er

4) Wilke, Erl. 1 zu § 1947
5) Planck-Ritgen, Erl. 2 § 1947.

einen ganz bestimmten Berufungsgrund voraussetzt, erfahrungsgemäss ganz allgemein auszudrücken. Da das BGB., wie schon erwähnt, die Kenntnis des Berufungsgrundes zur Gültigkeit der Annahme nicht voraussetzt, so würde der Erbe an eine solche Erklärung gebunden sein, obwohl er auf den richtigen Berufungsgrund nicht Erbe sein wollte. Diese Missstände zu beseitigen, bezweckt der Abs. 1 des § 1949, indem er bestimmt, dass die Annahmeerklärung in diesem Falle als nicht erfolgt gelten soll. Diese Wirkung hat aber nur der Irrtum und nicht etwa, wie nach gemeinem Recht, auch die subjektive Ungewissheit des Erben.[6]

Nicht genau ist es daher und kann leicht zu einer missverständlichen Auffassung führen, wenn Kuhlenbeck[7] und Matthiass den Satz aufstellen, dass

> die Erbschaftsannahme des BGB. Kenntnis des Berufungsgrundes voraussetzt und also (so Kuhlenbeck) der Irrtum über den Berufungsgrund die Annahme unwirksam macht.[8]

Das BGB. verlangt eben nicht Kenntnis des Berufungsgrundes als Voraussetzung der Annahme. Der § 1946 sagt:

> Der Erbe kann die Erbschaft annehmen, sobald der Erbfall eingetreten ist.

Daher kann der Erbe gültig antreten, wenn er sich in subjektiver Ungewissheit über den Berufungs-

6) So ausdrücklich: Planck, Note 2 zu § 1947 am Ende.
7) Kuhlenbeck, S. 207; Matthiass, S. 535.
8) Ähnlich Endemann, S. 345: „Das Gesetz stellt allgemein die rechtliche Wirksamkeit der Annahme von der Kenntnis des Berufungsgrundes in Abhängigkeit."

grund befindet, wenn er also nicht positiv weiss, ob der eine oder der andere Berufungsgrund vorliegt. Eine solche Ungewissheit macht die Erklärung nicht ungültig, dieses würde aber die Folge sein, wenn das BGB. schlechthin „Kenntnis des Berufungsgrundes" verlangte. Da ferner, worauf jetzt schon hingewiesen sein mag, in dem Abs. 1 nach der Absicht des Gesetzgebers zugleich liegen soll und liegt, dass die Annahme sich „im Zweifel"[9] nur auf die den Erben bekannten Berufungsgründe bezieht, so ist dem Erben die Möglichkeit gegeben, dass er durch eine Annahmeerklärung, die dahin geht, die Erbschaft „unter allen Umständen" haben zu wollen, auch einen solchen etwa vorliegenden Berufungsgrund gültig mit seiner Erklärung umfassen kann, den er im Augenblicke der Abgabe der Erklärung nicht kennt.

Die Umkehrung des Abs. 1 kann daher nicht lauten: „die Annahme setzt die Kenntnis des Berufungsgrundes voraus", denn, da die Negation der Kenntnis nicht nur der Irrtum ist, sondern auch der Zweifel, so wäre man versucht, daraus zu folgern, dass auch die subjektive Ungewissheit diese Wirkung hätte, denn auch hier ist die Kenntnis nicht vorhanden. Dieser Satz: „das BGB. setzt Kenntnis des Berufungsgrundes für die Annahme voraus", bedürfte also zum mindesten des Zusatzes: „der Zweifel aber schliesst die Kenntnis nicht aus." Eine solche Formulierung aber wäre wohl kaum zu empfehlen, denn dadurch würde der Satz: „der Irrtum macht die Annahme unwirksam" in drei Sätze zerspalten. Alles dies spricht gegen die Fassung bei

9) Planck, § 1949 Erl. 1; Kipp, Bd. 3 S. 440, Protok. Bd. 5 S. 626/629

Kuhlenbeck und Matthiass, ein Grund für sie ist nicht ersichtlich.

Die Grundlagen des § 1949 Abs. 1 ist vielmehr folgende:

Antreten kann der Erbe sobald der Erbfall eingetreten ist. Es ist hierzu keine Kenntnis des Berufungsgrundes erforderlich wie nach gemeinem Recht. Daher macht der Zweifel die Antretung nicht unwirksam. Stellt sich dagegegen nachträglich heraus, dass der Erbe seinen wahren Berufungsgrund nicht kannte, sondern sich aus einem Berufungsgrund berufen glaubte, der nicht vorlag, so soll die Erklärung als nicht erfolgt gelten. Diese Wirkung hat der Irrtum auch nicht als solcher, denn er ist nur ein Irrtum im Motiv. Diese Wirkung ist vielmehr hier singulärer Art kraft besonderer positiver Vorschrift.

Das letzte richtet sich gegen Endemann.[10] Dieser scheint in der Vorschrift des Paragraphen keine Ausnahme von der Regel zu sehen, sondern zu meinen, dass eine im Irrtum über den Berufungsgrund erklärte Annahme die Ursache ihrer Nichtigkeit in sich selbst trage dergestalt, dass also auch in Ermangelung dieser besonderen gesetzlichen Vorschrift eine solche Willenserklärung keinen rechtlichen Bestand haben können. Er sagt:

> Bei einem Irrtum über den Berufungsgrund entbehrt die Willensbestimmung zur Annahme des Inhaltes und des Gegenstandes, weil die Berufung je nach ihrem Grunde einen ganz verschiedenen Umfang und Charakter hat. Darum ist die An-

10) Endemann, S. 345.

nahme einer aus einem anderen als dem vorgestellten Grunde angefallenen Erbschaft nichtig.

Strohal[11] dagegen meint, in Ermangelung einer gesetzlichen Entscheidung würde man sich für die Ungültigkeit einer solchen Annahmeerklärung überhaupt nicht aussprechen können.

Gegen Endemanns Ansicht lässt sich ferner anführen, was oben gesagt ist, dass nämlich der Erbe durch eine Erklärung, wie: „Ich will die mir angefallene Erbschaft ‚unter allen Umständen' annehmen," die Annahme auch auf einen ihm unbekannten Berufungsgrund miterstrecken kann. Die Möglichkeit lässt sich von Endemanns Standpunkt aus nicht rechtfertigen. Wenn der Grund der Nichtigkeit der Annahme wirklich darin liegt, dass

die Willensbestimmung zur Annahme des Inhalts und des Gegenstandes entbehrt,

so müsste auch in diesem Falle die Erklärung nichtig sein. Der Ansicht Endemanns steht endlich auch die oben erwähnte Auffassung der Motive[12] und der zweiten Kommission[13] entgegen, die mit der von Strohal vertretenen übereinstimmt.

Ist die Annahmeerklärung des Erben infolge des Irrtums über den Berufungsgrund unwirksam, so kann nun die Annahme oder Ausschlagung aus dem richtigen Berufungsgrunde erfolgen. Von dem Augenblicke der Kenntnis des wahren Berufungsgrundes an läuft eine neue Ausschlagungsfrist für den Erben. Erklärt der

11) Strohal, S. 307 Anm. 28.
12) Motive Bd. 5 S. 504.
13) Protok. Bd. 5 S. 626

Erbe, nachdem er seinen Irrtum erkannt hat, die Annahme gelten lassen zu wollen, so ist dies eine Bestätigung, die nach § 141 BGB. als erneute Annahme zu beurteilen ist.

Ist der Erbe zur Erbschaft oder zu demselben Erbteile aus mehreren Berufungsgründen berufen, so kann er nach § 1948 aus dem einen Grunde annehmen, und aus dem anderen ausschlagen. Wann dies der Fall ist, geht aus dem oben festgestellten Begriffe des Berufungsgrundes hervor: Der Erbe, der durch Gesetz und Verfügung von Todes wegen berufen ist, kann als eingesetzter Erbe ausschlagen und als gesetzlicher Erbe annehmen; entsprechend der, welcher durch Testament und durch Erbvertrag berufen ist. Das Gesetz spricht dies im § 1948 ausdrücklich aus. Jedoch erwähnt es den Fall nicht im § 1948, dass der Erbe aus verschiedenen Erbverträgen berufen ist, die der Erblasser jedesmal mit anderen Personen abgeschlossen hat. Kann der Erbe hier aus dem einen Grunde ausschlagen und aus dem anderen annehmen? Da nach dem Sprachgebrauche des BGB. in diesem Falle Verschiedenheit des Berufungsgrundes anzunehmen ist, so wäre es konsequent, wenn man sich mit Kipp[14] im bejahenden Sinne entschiede. Angesichts des Schweigens des Gesetzes jedoch ist es nicht unbedenklich diese Konsequenz zu ziehen. Eine befriedigende Antwort auf die Frage, warum das Gesetz dies nach dem Worlaute des § 1948 Abs. 2 nicht gestattet, wird sich indes, wie Silverberg[15] mit Recht hervorhebt, wohl kaum finden lassen.

14) Kipp, Bd. 3, S. 440 oben; 15) Silv. S. 54.

Ist nun der Erbe im Falle des Vorliegens mehrerer Berufungsgründe hinsichtlich eines derselben im Irrtum, so ist die Annahme hinsichtlich des ihm infolge des Irrtums unbekannten Berufungsgrundes ohne Wirkung (d. h. sie erstreckt sich nicht auf diesen Berufungsgrund), vorausgesetzt, dass er dem Prinzip des § 1948 gemäss aus diesem Grunde noch ausschlagen kann.[16] Kannte z. B. der Erbe, der durch Testament und Erbvertrag berufen ist, nur das Testament nicht auch den Erbvertrag, so ist die erklärte Annahme hinsichtlich des Erbvertrages ohne Wirkung, und er kann nach § 1948, Abs. 2 aus diesem Grunde noch ausschlagen. Die Annahme aus dem Testament ist gültig.[17]

Liegen dagegen nicht verschiedene Berufungsgründe vor, sondern ist Einheit des Berufungsgrundes vorhanden, ist der Erbe z. B. aus zwei Testamenten berufen und kennt er nur das eine Testament, so ist die Annahme aus beiden Testamenten wirksam, denn der Erbe kann nicht aus dem einen Testamente annehmen und aus dem anderen ausschlagen, sondern die Annahme aus dem einen wirkt für beide.

§ 10.

Welche Wirkungen hat der Irrtum über den Berufungsgrund auf die Ausschlagung der Erbschaft?

Das Gesetz enthält eine ähnlich ausdrückliche Vorschrift, wie für die Annahme, für die Ausschlagung nicht.

16) So auch: Borcherdt, S. 112 III.

17) An diesem Beispiel zeigt sich — was in § 10 (Seite 92) zu erwähnen sein wird —, dass in dem Abs. 1 zugleich die Auslegungsregel enthalten ist, dass die Annahme sich im Falle einer Mehrheit von Berufungsgründen im Zweifel nur auf den dem Erben bekannten Berufungsgrund erstreckt.

Für letztere, meint daher Matthiass,[1] gelte nicht, dass der Irrtum über den Berufungsgrund die Erklärung unwirksam mache. Ähnlich Kuhlenbeck.[2] Für Borcherdt[3] scheint der § 1946 des BGB. überhaupt nicht zu existieren. Er sagt wörtlich:

> Solange der Erbe über den wahren Berufungsgrund im Irrtum ist, kann die Ausschlagungsfrist nicht beginnen. Hat er daher die Ausschlagung in irrtümlicher Annahme eines unrichtigen Berufungsgrundes erklärt, so ist die Erklärung unwirksam.

Borcherdt scheint zu meinen, der Erbe könne erst nach dem Beginn der Ausschlagungsfrist ausschlagen, was sich ja wohl mit der Ausdrucksweise des § 1944:

> Die Ausschlagung kann nur binnen 6 Wochen erfolgen. Die Frist beginnt mit dem Zeitpunkte, in welchem der Erbe von dem Anfall und dem Grunde der Berufung Kenntnis erlangt

vereinbaren liesse. Wie Borcherdt seine Behauptung aber mit § 1946:

> Der Erbe kann die Erbschaft ausschlagen, sobald der Erbfall eingetreten ist

vereinbaren will, ist nicht zu ersehen und es dürfte das auch wohl nicht möglich sein.

Strohal[4] will die im Irrtum über den Berufungs-

1) Matthiass, S. 535.

2) Der Erbschaftsannahme des BGB. ist „eigentümlich", dass sie Kenntnis des Berufungsgrundes voraussetzt (S. 207).

3) Borcherdt, S. 97.

4) S. 307.

grund erklärte Ausschlagung als nach § 119 in Verbindung mit § 1949 Abs. 1 anfechtbare behandeln.

M. E. ist eine solche Konstruktion gar nicht erforderlich, vielmehr kommt man bei näherer Betrachtung des Abs. 2 des § 1949 und besonders seiner Geschichte zu dem Schlusse, dass, was die Wirkungen des Irrtums über den Berufungsgrund anlangt, für die Ausschlagung nichts anderes gelten kann wie für die Annahme.

Der Abs. 2 des § 1949 BGB. lautet:

> Die Ausschlagung erstreckt sich im Zweifel auf alle Berufungsgründe, die dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannt sind.

Der Abs. 2 behandelt also zunächst den Fall, dass der Erbe aus mehreren Berufungsgründen zur Erbschaft berufen ist und besagt für diesen Fall, dass, wenn der Erbe ausschlägt, ohne seine Erklärung ausdrücklich auf einen Berufungsgrund zu beschränken, diese Ausschlagung sich auf alle ihm zur Zeit der Erklärung bekannten Berufungsgründe erstreckt. Daraus folgt unmittelbar, dass sie sich auf einen dem Erben nicht bekannten Berufungsgrund nicht erstreckt oder vielmehr nicht ohne weiteres erstreckt: denn dem Erben steht es — wie aus den Worten des Paragraphen „im Zweifel" hervorgeht — offen, durch eine dahingehende Erklärung, also etwa:[5] „ich schlage die mir angefallene Erbschaft hiermit aus, gleichviel aus welchem Grunde sie mir angefallen ist", die Ausschlagung auch auf einen ihm unbekannten Grund zu erstrecken. Ist

5) Kipp, Bd. 3 S. 440; Boehm S. 255, Note 4; Wilke, Erl. 1 zu § 1946.

aber dieser Wille des Erben nicht ausdrücklich erklärt, so erstreckt sich die Ausschlagung nur auf die bekannten Gründe, und es bleiben dem Erben seine Rechte aus dem unbekannten Grunde vorbehalten. Er kann daher aus diesem Grunde[6] noch ausschlagen oder annehmen und es läuft eine neue Ausschlagungsfrist von dem Zeitpunkte der Kenntnis des wahren Berufungsgrundes an. Wenn daher z. B. der in einem Testament und Erbvertrag eingesetzte Erbe glaubt, er wäre nur aus dem Testamente berufen, und in diesem irrtümlichen Glauben ausschlägt, so erstreckt sich diese Ausschlagung nicht auf den Erbvertrag, da dieser Berufungsgrund dem Erben nicht bekannt war. Dasselbe ist der Fall, wenn der Intestaterbe in dem irrtümlichen Glauben ausschlägt, der Erblasser habe kein Testament hinterlassen, das ihn zum Erben einsetzt. Auch hier erstreckt sich die Ausschlagung nicht auf den Berufungsgrund: Testament. Hinsichtlich dieses Berufungsgrundes ist die Wirkung des Irrtums dieselbe wie bei der Annahme: Der Erbe kann auch hier aus dem anderen ihm infolge des Irrtums unbekannten Berufungsgrund von neuem antreten und ausschlagen.

Dass der Abs. 2 des § 1949 aber nicht nur die Fälle im Auge hat, dass der Erbe aus mehreren Berufungsgründen zugleich berufen ist,[7] sondern, dass er auch die Wirkungen des Irrtums über den Berufungsgrund auf die Ausschlagung für die Fälle zu zu regeln bezweckte, in denen nicht mehrere, sondern nur ein

6) Frommhold, Note 1 zu § 1948/1949.
7) Planck. Erl. 3 zu § 1949.

Berufungsgrund vorliegt, also z. B. auch für den Fall, dass der Testamentserbe aus einem Erbvertrage sich berufen glaubt, das zeigt die Geschichte des § 1949.

Mit der durch die zweite Kommission eingeführten Regelung, dass die Annahme und Ausschlagung zulässig seien, sobald der Erbfall eingetreten ist, ergab sich die Notwendigkeit den Bedenken, die die Motive[8] einer solchen Regelung entgegengesetzten. Rechnung zu tragen. Wie schon mehrfach erwähnt, bestanden diese darin, dass der Erbe, der im Irrtum über den Berufungsgrund angenommen hatte, an seine Erklärung gebunden sei, da er sie nicht anfechten könne, obschon er sehr wohl ein berechtigtes Interesse haben könne, von seiner Erklärung frei zu werden, da er aus dem Grunde, aus dem er berufen ist, nicht Erbe sein wollte. Das gleiche gilt für die Ausschlagung.

Die Protokolle[9] erkennen diese Erwägungen ausdrücklich als den bei der Schaffung des § 1949 leitenden Gesichtspunkt an. So heisst es z. B. auf S. 626 wörtlich: (Beratung des § 2033, jetzt § 1946).

> In dieser Beziehung (s. oben) werde dem Erben zu Hülfe zu kommen sein. (Dies führe aber noch nicht zu einer Regelung des Entwurfes, sondern) es werde genügen an geeigneter Stelle zu bestimmen, dass die Annahme und die Ausschlagung sich im Zweifel nur auf die dem Erben bekannten Berufungsgründe beziehe.

Bei der Beratung des § 2038 E I (BGB. § 1948 und 49) wurde in einem Antrage auf die Zweckmässig-

8) Motive Bd. 5 S. 504.
9) Prot. Bd. 5 S. 626.

keit der jetzt in dem Abs. 2 § 1949 enthaltenen Auslegungsregel hingewiesen und dabei von dem Antragsteller ausdrücklich hervorgehoben, dass man mit der Aufnahme einer solchen Vorschrift zugleich den zu § 2033 (s. oben) für den Erben als erforderlich erachteten Schutz erziele.

> Denn mittelbar, so heisst es auf S. 629, sei damit weiter ausgesprochen, dass im Zweifel die Ausschlagung sich auf einen dem Erben unbekannten Grund nicht erstrecke. Die bereits zu § 2033 in Aussicht genommene Erstreckung dieses Satzes auf die Annahme habe ihren Schwerpunkt vornehmlich in dieser negativen Seite.

Die Redaktionskommission sprach,[10] indem sie davon ausging, dass der Erbe bei der Annahme meistens einen bestimmten Grund im Auge habe,[11] diesen Satz für diese Erklärung in den Worten aus, die jetzt der Abs. 1 des BGB. enthält. Für die Ausschlagung dagegen wurde die positive Form in Gestalt einer Auslegungsregel vorgezogen, da der Erbe, der ausschlägt, die Erbschaft meist für alle Gründe ausschlagen will, die ihm bekannt sind.

Es war daher nicht die Absicht des Gesetzgebers, den Erben hinsichtlich der Ausschlagung schlechter zu stellen als hinsichtlich der Annahme, wie dies Strohal tut, wenn er bei der Annahme dem Gesetze gemäss Unwirksamkeit eintreten lässt, bei der Ausschlagung

10) Vergl. vor allem: Planck, Erl. 1 zu § 1949.
11) Vergl. Prot. Bd. 5 S. 629.

dagegen den Erben auf die kurz befristete Anfechtung verweisen will.[12]

Man wird also zu dem Ergebnis kommen müssen, dass sowohl für die Annahme als wie auch für die Ausschlagung die Vorschrift gilt, dass die im Irrtum über den Berufungsgrund abgegebene Erklärung unwirksam ist. Für die Annahme ist dies im Abs. 1 des § 1949 ausgesprochen, für die Ausschlagung folgt dies aus dem Abs. 2. Ebenso wie im Abs. 1 die Auslegungsregel des Abs. 2 enthalten ist, ebenso ist also die Vorschrift des Abs. 1 im Abs. 2 enthalten.

Dieser Auffassung[13] scheint auch Frommhold[14] nicht fern zu stehen. Deutlich ausgesprochen findet sie sich nur bei Wilke. So heisst es in Erläuterung 1a zu § 1954:

> Irrtum über den Berufungsgrund macht die Erklärung ohne weiteres unwirksam. (§ 1949 Abs. 1 **und 2**).

In Erl. 1 zu § 1946 äussert sich der Verfasser dahin:

> Den Bedenken der Motive (nämlich, dass der Erbe, der über seinen Berufungsgrund irrt, an seine Ausschlagung und Annahme gebunden sei, s. oben S. 90) wird dadurch Rechnung getragen, dass der Irrtum über den Berufungsgrund die

12) Seite 626 Protokolle: Selbst wenn man die Zulässigkeit der Anfechtung annehme, sei die Lage des Erben wenig günstig, zumal da die Geltendmachung der Anfechtbarkeit eng begrenzt sei. Dem Erben werde daher in soweit zu Hülfe zu kommen sein.

13) Matthiass, S. 535 will die Auslegungsregel nicht für die Annahme gelten lassen. Gegen ihn Kipp, S. 440 Bd. 3.

14) Erl. 1 zu § 1948/49.

Annahme der Erbschaft immer hinfällig macht und dass auch die Ausschlagung sich im Zweifel nur auf die dem Erben zur Zeit der Erklärung bekannten Berufungsgründe erstreckt (§ 1949).

Im übrigen gelten dieselben Regeln für die Ausschlagung, die oben für die Annahme erwähnt sind, in den Fällen, wo der Erbe zur Erbschaft aus mehreren Berufungsgründen berufen ist. Die Ausschlagung bedarf ebenfalls nicht der Angabe des Berufungsgrundes. Wird ein solcher angegeben, so sind auch hier die erwähnten zwei Fälle zu unterscheiden. Aus dem richtigen Berufungsgrund läuft eine besondere Ausschlagungsfrist vom Augenblicke der Kenntnis dieses Berufungsgrundes.

A. II. 2. Die Beschaffenheit des Irrtums nach BGB.

§ 11.

Das BGB. unterscheidet im allgemeinen Teil hinsichtlich der Relevanz des Irrtums bei Willenserklärungen (§ 119—122 BGB.) nicht zwischen entschuldbarem und unentschuldbarem, Tatsachen und Rechtsirrtum. Wenn die sonstigen Voraussetzungen für die Anfechtbarkeit einer Willenserklärung gegeben sind, so kommt auf die Art der Entstehung und auf die Qualität des Irrtums nichts an.

Auch im Falle des § 1949 BGB., wo der Irrtum Unwirksamkeit erzeugt, hat der unentschuldbare Irrtum die gleichen Wirkungen wie der entschuldbare Irrtum:

Die Erklärung gilt als nicht erfolgt. Auch der Rechtsirrtum hat diese Wirkung.

Gerade im vorliegenden Falle wird ein solcher nicht sehr selten sein. Namentlich, wo es sich um Verfügungen von Todeswegen handelt. Ein Beispiel eines solchen Rechtsirrtums würde folgendes sein: Der Erblasser stirbt mit Hinterlassung eines Testamentes, das sich unter seinen Briefschaften vorfindet. Der Intestaterbe hält dies Testament für ungültig, da er glaubt, zur Gültigkeit eines Testamentes sei amtliche Verwahrung beim Gericht erforderlich. Hier liegt ein Rechtsirrtum vor, denn nach § 2248 BGB. ist eine Deposition zwar gestattet, aber nicht als zur Gültigkeit erforderlich vorgeschrieben. Der Erbe erklärt die Annahme der Erbschaft in dem Glauben Intestaterbe zu sein. Die Annahme ist nach § 1949 Abs. 1 unwirksam. Oder den umgekehrten Fall: Der Intestaterbe hält ein holographisches Testament für gültig, während es ungültig ist, weil Ort und Datum vorgedruckt sind (§ 2231 Ziff. 2 BGB.). Er nimmt in dem irrtümlichen Glauben, ex testamento berufen zu sein, die Erbschaft an, während er ab intestato berufen ist. In beiden Fällen ist die Annahme unwirksam. Auf die Qualität des Irrtums kommt rechtlich nichts an.

B. Sonstige Rechtsfolgen des Irrtums über den Berufungsgrund.

I. Gibt es eine transmissio propter errorem nach gemeinem Recht?

§ 12.

Die Frage, ob eine deferierte, jedoch wegen Irrtums über den Berufungsgrund nicht erworbene Erbschaft auf die Erbeserben übergeht, ob es also eine transmissio ex capite in integrum restitutionis propter errorem gibt, wird von der herrschenden Meinung verneint.

So bemerkt Köppen[1] die c 7 C de iur. del. 6, 30 scheine gegen die Wiedereinstellung wegen Irrtums zu sprechen, die Praxis jedoch geneigt zu sein, sich für diese zu entscheiden.

Windscheid,[2] der Wiedereinsetzung zwecks Transmission in

> allen Fällen, in denen der Berufene an dem Erwerbe durch einen Grund gehindert ist, der nach dem Ermessen des Richters die Hülfe billig erscheinen lässt,

zulassen will, nimmt den Fall des Irrtums ausdrücklich aus.

Seuffert,[3] Arch. hält den Irrtum im allgemeinen nicht für einen geeigneten Restitutionsgrund.

Brinz[4] dagegen spricht sich sehr allgemein aus. Er will die transmissio ex capite i. i. rest. in allen Fällen

1) Köppen, Bd. V S. 146, Note 66.
2) Windscheid, Pand. III, S. 432.
3) Arch. Bd. 27, Nr. 147 am Ende.
4) S. 824 Pand.

„echter Not“ zulassen. Ein solcher Fall echter Not liegt nach ihm vor, wenn der Erbe „von der Delation nichts wusste“.

Northoff[5] begründet die von ihm verteidigte Unzulässigkeit der Restitution wegen Irrtums damit, dass, da der Irrtum Adition und Repudiation hindert, es nicht der Restitution bedürfe, um

> einen Zustand, der gar nicht verändert ist, wieder herzustellen.

Aber gerade der Umstand, dass der Irrtum die Adition einer Erbschaft hindert, wird doch sehr oft die Hülfe als billig erscheinen lassen, wenn der Erbe ohne Kenntnis von der Unwirksamkeit seiner Additionserklärung im Irrtum verstirbt. Es tritt z. B. der Intestaterbe, der durch Testament berufen ist, von dessen Vorhandensein er nichts weiss, die Erbschaft an, in dem Glauben ab intestato berufen zu sein. In diesem Glauben, also dem Irrtum über seinen Berufungsgrund stirbt er, ohne zu ahnen, dass seine Adition nichtig ist. Soll in diesem Falle den Erbeserben eine Erbschaft verloren gehen, die ihr Erblasser erworben haben würde, wenn er seinen Irrtum erkannt hätte?

Gegen die herrschende Meinung kämpft daher Schroeder[6] an und kommt zu dem Ergebnis, dass eine Wiedereinsetzung zwecks Transmission wegen Irrtums in beschränktem Masse zulässig sei und zwar in allen den Fällen, wo die Quellen wegen subjektiver Ungewissheit der Existenz und des Grundes der Delation eine Erbschaft auf die Erbeserben übergehen lassen.

5) Northoff, Bd. 21 S. 133.
6) Schroeder, Bd. XV. S. 446 ff 456.

Diese Ausicht gründet sich auf die Erwägung, dass, wie wir oben näher begründet haben, die Digesten in der Lehre vom Erwerbe und der Ausschlagung einer Erbschaft (Titel 29,2) den Zweifel nicht vom Irrtum trennen, vielmehr beiden die gleichen Wirkungen beilegen, da der eine wie der andere die Negation des Tatbestandsmomentes der scientia bildet. Wenn daher, so folgert Schroeder, der Erwerb einer Erbschaft, in Folge der subjektiven Ungewissheit des Erben über die Existenz oder den Grund der Berufung versäumt wird, so ist die etwa für einen solchen Fall begründete Wiedereinsetzung in den vorigen Stand[7] dem Restitutionsgrunde unterzuordnen, dem das Nichtwissen angehört, und da dieses unter den theoretisch als Irrtum bezeichneten Restitutionsgrund fällt, so gilt dasselbe auch für die Ungewissheit.

Dieser Ansicht Schroeders ist beizustimmen. Sie hat auch noch andere Gründe für sich, wie sich bei einer näheren Betrachtung der Qellen zeigen wird. Die Fälle, in denen diese die wegen Ungewissheit der Delation bezw. des Delationsgrundes nicht erworbene Erbschaft auf die Erbeserben übergehen lassen, sind folgende:

7) Dass in den Fällen der Quellen, wo die Erbschaft aus dem Grunde des Zweifels auf die Erbeserben transmittiert wird, die Transmission durch die prätorische Rechtshülfe vermittelt wird, ist wohl herrschende Meinung. So Köppen, Lehrbuch S. 163 Note 4; Steppes. Die Transmission der Erbschaft nach röm. Recht (1831) 62 ff.; Schröder, Bd. 15 S. 435; Windscheid, Pand. III, § 600 Nr. 18. Dagegen nehmen Leist, Bd. 37 S 237 (Glücks Kommentar), Mühlenbruch, Bd. 43 S. 179 (Glücks-Kommentar) an, dass sich die Transmission wegen Ungewissheit von selbst nach Rechtsvorschrift ohne ii. rest. vollziehe.

1. der Erbe kann nicht antreten, weil ein im Testamente übergangener postumus erwartet wird,
2. weil die Rechtsfähigkeit des Erblassers im Ungewissen ist,
3. der Intestaterbe kann nicht antreten, weil er sich über die Gültigkeit des Testamentes, über die gestritten wird, in Ungewissheit befindet.

Von diesen Fällen interessiert uns nur der letzte, der in l. 6 § 1 D. de bon. lib. (38, 2) und l. 42 § 3 D. eodem loco enthalten ist.

l. 6 § 1 D. de bon. lib. (38, 2) lautet:

Ulpianus libro quadragesimo tertio ad edictum. Cum patroni filia heres instituta esset a liberto falsumque testamentum dictum esset, in quo scriptum erat, et appellatione interposita et pendente diem suum obisset: heredibus eius divus Marcus subvenit, ut id haberent, quod haberet patroni filia, si viveret.

l. 42 § 3 D. eodem.

Papinianus libro tertio decimo quaestionum.

Si falsum liberti testamentum ab aliis in provincia dictum atque ita res per appellationem extracta esset, defuncta medio tempore patroni filia, quam libertus heredem instituerat, filia mulieris servavit divus Marcus eam partem bonorum, quam filia patroni vel iure intestati, si vixisset habere potuit.

In beiden Stellen handelt es sich um die Tochter des Patrons, die von einem Freigelassenen in einem Testamente eingesetzt ist. Dieses Testament wird als gefälscht bezeichnet, und während des Prozesses über die Echtheit desselben stirbt die Erbin. Wäre sie nicht

im Testament eingesetzt worden, so hätte sie ein Intestaterbrecht mindestens auf die Hälfte gehabt (l. 42 § 3). Obwohl sie so in omnem eventum des Prozesses den Freigelassenen beerbt haben würde, so konnte sie doch keine von beiden Erschaften antreten, denn (l. 93 D. 29, 2) certus esse debet, an ex testamento an ab intestato heres existat. Die hier bei der Patronstochter vorhandene subjektive Ungewissheit über den Berufungsgrund hinderte die Annahme. Um diese Kluft zwischen den Konsequenzen des jus strictum und der aequitas d. h. dem zwingenden Rechtsgefühle der Billigkeit zu überbrücken, sprach ein Dekret[9] Mark Aurels dem Sohne der Patronstochter, als ihrem Erben, das zu, was seine Mutter bekommen hatte, falls sie die Entscheidung erlebt haben würde, also, falls zu Ungunsten des Testamentes entschieden wird, den Intestaterbteil. Dies sagt § 3 der C 42 noch ausdrücklich.

In dieser Stelle ist ein Prinzip enthalten, das sich dahin abstrahieren lässt: In allen Fällen, in denen der Erbe, der sowohl aus Testament wie durch Gesetz berufen ist, sich in subjektiver Ungewissheit über den Berufungsgrund befindet, transmittiert er die Erbschaft im Wege der transmissio in integrum restitutionis auf die Erbeserben.[10] Hierin stimmt man durchaus überein.

Die herrschende Meinung geht sogar darüber

8) Czyhlarz, l. c S. 335 § 136.

9) Es handelt sich hier um ein letztinstanzliches Dekret im Restitutionsverfahren. Für diesen Fall erfolgte also jedenfalls die Transmission durch i. i. restitutro und nicht von selbst nach Rechtsvorschrift.

10) So Schroeder, S. 443; Göring, S. 168.

hinaus[11] und will aus dieser in Verbindung mit den beiden anderen Stellen das Prinzip ableiten, dass allgemein transmittiert werde, wenn die Erbschaft wegen Ungewissheit der Berufung nicht erworben würde.

Nur Northoff[12] vertritt, um seine Auffassung von der Delation als des Wissens des Erben aufrecht zu erhalten, — denn eine noch nicht deferierte Erbschaft kann nicht transmittiert werden — eine besondere Meinung. Er will die erwähnten Fälle nur als durch einen Akt der Gesetzgebung besonders festgestellte Ausnahmen betrachten, die ad analogiam anzuwenden, unzulässig sei.

Dem kann indes nicht zugestimmt werden, sondern es ist eine Verallgemeinerung dieser Entscheidung in den oben festgelegten Grenzen für statthaft zu halten. Wenn nun die herrschende Meinung, während sie den Zweifel als Restitutionsgrund der Transmission im weitesten Umfange gelten lässt, dem Irrtum diese Wirkung versagt, so setzt sie sich offenbar — worauf schon oben hingewiesen ist — einmal in Widerspruch mit der Tendenz der Quellen, in denen der Irrtum und die Ungewissheit in der Bedeutung von Erwerbshindernissen zu einem[13] „einheitlichen Institut" verwachsen sind, dann aber auch mit dem Grundgedanken der leges 6 und 42.

Die ratio derselben ist, die Unbilligkeit auszugleichen, die nach dem strikten Recht dadurch entsteht,

11) Z. B. Windscheid, § 600 Nr. 16; Dernburg, 325 Nr. 4 Leist 239. Köppen, Lehrbuch S. 163, Note 4; Köppen V. S. 169.
12) Northoff, Bd. 21 S. 110.
13) Schroeder, S. 449.

dass der Erbe, der bei jeder Entscheidung der Ungewissheit über den Berufungsgrund, also unter allen Umständen Erbe geworden wäre, trotzdem wegen seiner Ungewissheit aus keinem Grunde antreten kann. Dieselbe Unbilligkeit aber liegt vor, wenn der Erbe sich in vorliegendem Falle über den Berufungsgrund irrte. Es kann nichts darauf ankommen, ob der Intestaterbe nun zweifelt, ob ein gültiges seine Einsetzung enthaltendes Testament vorliegt oder nicht, oder ob er positiv glaubt, es sei ein gültiges vorhanden, während das nicht der Fall ist, denn in beiden Fällen ist das Entscheidende das Nichtwissen des richtigen Berufungsgrundes, d. h. das Nichtwissen, ob ein gültiges Testament vorliegt oder nicht. In beiden Fällen hindert dies Fehlen des Wissens (scientia) den Erben, der „unter allen Umständen" Erbe geworden wäre, am Erwerbe der Erbschaft und hat zur Folge, dass die Erbschaft den Erbeserben verloren gehen würde, wenn der Erbe in jenem Zustande des Nichtwissens verstirbt.

Auch im Falle des Irrtums wird man daher, um der ratio legis gerecht zu werden, den Erbeserben die prätorische Hülfe zugestehen müssen. Jedoch ist, das mag nochmal betont werden, die Voraussetzung, dass der Erbe in Ermangelung eines gültigen Testaments ab intestato berufen sein muss.

Diesem Ergebnis steht die Theorie Göring's nicht entgegen, denn dieser schlägt für die Bezeichnung „Transmission aus dem Grunde des Zweifels" die ihm richtiger erscheinende Bezeichnung: „transmissio excapite ignorantiae" vor, und die ignorantia ist es in diesen Fällen, kraft deren der Irrtum wirkt.

Auch die l. 7 C. 6,30:

> Quoniam sororem tuam prius defunctam esse proponis quam cognosceret, an a fratre sibi aliquid hereditatis fuisset relictam, manifestam atque evidens est, antequam pro herede gereret vel bonorum possessionem admiserit, defunctam successionem eam non potuisse ad heredes suos transmittere

kann unsere Ansicht nicht widerlegen. Hier wird nur gesagt,[14] dass die Erbin (soror), welche ohne Kenntnis davon, dass ihr eine Erbschaft ihres Bruders deferiert ist, stirbt, diese Erbschaft nicht erworben hat und deshalb die erworbene Erbschaft nicht auf die Erbeserben transmittiert werden konnte. Dagegen wird in der Stelle die Frage gar nicht aufgeworfen, ob die Erbeserben nun die Transmission der Erbschaft ex capite in integrum restitutionis propter errorem oder aus einem anderen Restitutionsgrunde fordern können.

B. II.

Die vom BGB. getroffene Regelung des Erbschaftserwerbes hat die Transmission entbehrlich gemacht. Da nach BGB. die Erbschaft ipso iure auf den Erben übergeht, so ist ein Erwerb der unerworbenen Erbschaft durch die Erben des Berufenen — worin das Wesen der Transmission besteht — nicht denkbar.

14) Köppen, Lehrb. S. 163, Note 2.